Die rechtliche
Natur der Besitzübertragung
im Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

der

Hohen Juristen-Fakultät der Landes-Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Erich Nord
aus Stößen bei Naumburg a. S.

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1903.

Meinen lieben Eltern

gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung: Begriff und Wesen der Sukzession in den Besitz.

Ausführung:

I. Der Begriff der Besitzübertragung als Unterart der Sukzession in den Besitz.

II. Die Arten der Besitzübertragung:

1. Die Übergabe:
   a. die körperliche;
   b. die konsensuale des § 854 Abs. 2;
2. die Abtretung des Herausgabeanspruches nach § 870.
3. Das Besitzkonstitut.

III. Die rechtliche Natur der Besitzübertragung.

1. Die Besitzübertragung durch konsensuale Übergabe:
   a. die Elemente derselben;
   b. das Wesen der „Einigung";
   c. der Besitzübertragungsvertrag.
2. Die Besitzübertragung durch Abtretung des Herausgabeanspruches nach § 870.
3. Die Besitzübertragung durch Besitzkonstitut.

Literaturverzeichnis.

1. Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des BGB. in Gruchots Beiträgen zur Erläut. des deutschen Rechts. 6. F. Jahrg. 2.
2. Biermann, Das Sachenrecht des BGB. 2. Aufl.
3. Brinz, Pandekten 2. Aufl.
4. Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des BGB.
5. v. Buchka, Vergleichende Darstellung des BGB. und des gem. Rechts.
6. Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem BGB.
7. Burghoff, Der Besitzwille. Diss. Greifswald 1900.
8. Chlamtacz, Die rechtliche Natur der Übereignungsart durch Tradition im römischen Recht.
9. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürg. Rechts. 3. Aufl.
10. Dernburg, Pandekten. 4. Aufl.
11. Dernburg, Lehrbuch des bürg. Rechts. 2. Aufl.
12. Eck, Kritik über Strohal's „Sukzession" in der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. Bd. 32 S. 597 ff.

13. Endemann, Einführung in das Studium des bürg. Rechts. 3. Aufl.
14. Enneccerus-Lehmann, Das bürg. Recht.
15. Engeling, Ist die Einigung des BGB. ein Vertrag im Sinne des gem. Rechts und im Sinne des BGB.? Diss. Erlangen 1898.
16. Fischer und Henle, Handausgabe des BGB. mit Anmerk.
17. Fuchs, Grundbuchrecht 1898.
18. Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB.
19. Gierke, in den Verhandl. des 24. deutschen Juristentages. 3. Bd. Gutachten.
20. Hirsch, Prinzipien des Besitzerwerbes und Verlustes 1892.
21. Hruza, Der Sachbesitzerwerb corpore et animo nach röm. und heut. Recht, in der Zeitschrift für Priv. und öff. Recht der Gegenw. Bd. 24 H. 2.
22. Jhering, Der Besitz, in Jhering's Jahrbch. f. d. Dogm. d. bürg. Rechts, Bd. 32 S. 41 ff.
23. Klein, Der mittelbare Besitz des BGB. Bonn. Diss. 1899.
24. Kniep, Der Besitz des BGB., gegenübergestellt dem röm. und gem. Recht 1900.
25. Koffka, Die rechtliche Bedeutung der Gebundenheit an die Einigung nach § 873 Abs. 2 in der Festschrift für Wilke.
26. Kohler, Das Signieren als Besitzergreifungsakt in Grünhut's Zeitschrift Bd. 12 Nr. 1.
27. Kohler, Vertrag und Übergabe, im Archiv für bürg. Recht Bd. 18.

28. Kohler, Zur Besitzlehre, im Archiv f. zivil. Praxis. Bd. 69.
29. Lehmann und Ring, Kommentar zum neuen HGB.
30. Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb, 1899.
31. Männer, Das Recht der Grundstücke nach dem BGB.
32. Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
33. Neumann, Handausgabe des BGB.
34. Pininski, Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbes nach gemeinem Recht, 1885.
35. Planck, Kommentar zum BGB.
36. Raape, Besitzerwerb ohne Besitzwillen nach dem BGB. Diss. Bonn 1901.
37. Savigny, System des heutigen röm. Rechts.
38. Sohm, Institutionen 7. Aufl.
39. Staudinger, Kommentar zum BGB. 3. Bd. Sachenrecht, erläutert von K. Kober.
40. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts 3. Aufl.
41. Strohal, Der Sachbesitz nach dem BGB. in Jhering's Jahrbüchern für d. Dogm. d. bürg. Rechts, Bd. 38 S. 1 ff.
42. Strohal, Sukzession in den Besitz nach röm. und heut. Recht.
43. Strohal, Zum Besitzrecht des Entwurfes eines BGB. f. d. deutsche Reich in Jhering's Jahrb. f. d. Dogm. d. bürg. Rechts Bd. 31 S. 1 ff.
44. Thoma, Die Bedeutung des Besitzwillens im Besitzrecht des BGB. Diss. Freiburg 1900.
45. Vangerow, Pandekten. 2. und 7. Aufl.

46. Wendt, Der mittelbare Besitz des BGB. im Archiv für die zivil. Praxis, Bd. 87.
47. Windscheid-Kipp, Pandekten, 8. Aufl.
48. Wolff, Der Begriff des Besitzes nach dem deutschen BGB. Diss. Erlangen 1898.
49. Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf des BGB.
50. Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen, in Ihering's Jahrb. f. d. Dogm. d. bürg. Rechts Bd. 34 S. 1 ff.

Einleitung.

Begriff und Wesen der Sukzession in den Besitz.

Die Folgen, welche das objektive Recht an äußere Vorgänge im Menschenleben zu Gunsten oder Lasten von Rechtssubjekten knüpft, sind nur selten an das Dasein dieser Subjekte so fest gebunden, daß deren Wegfall auch ihr Erlöschen zur unausbleiblichen Folge hat. Meist wirken sie über die von Anfang an Beteiligten hinaus.

Dies ist auf zwei verschiedene Weisen möglich. Es kann *neben* die Person, für welche die Rechtsfolgen begründet waren, eine zweite treten, ohne daß doch die erstere aus ihrem Wirkungskreise ausgeschieden wird. Dann sprechen wir von einem „Übergreifen" der Rechtsfolgen. Häufig sind aber die Rechtsfolgen zugleich der Art, daß sie unbeschadet ihres rechtlichen Bestandes oder ihres Charakters für eine ganze Reihe von *aufeinander* folgenden Personen wirksam zu werden vermögen. In diesen Fällen greifen sie nicht bloß über, sondern lösen sich gleichzeitig vom jedesmaligen Vorgänger ab.

Knüpfen sich die Rechtsfolgen, wie meist, an ein subjektives Recht, dann geht, wenn einer der oben

genannten Fälle eintritt, mit diesem Recht eine „Änderung" vor sich. Nicht in dem Sinne, als ob sein Inhalt in qualitativer oder quantitativer Beziehung ein anderer würde, sondern nur insoweit, als das Subjekt des Rechtes sich ändert[1]. Bei der ersten Gruppe der Fälle, wo die Rechtsfolgen auf andere Personen übergreifen, ohne sich vom ursprünglich Berechtigten abzulösen, stellt sich diese Änderung als „Vervielfältigung des Subjektes" dar Tritt aber, wie bei der zweiten Gruppe, ein neues Subjekt an die Stelle des ausscheidenden ersten, tritt also ein „Wechsel des Subjektes" ein, dann nennen wir die Rechtsänderung „Sukzession" oder „Rechtsnachfolge"[2].

Die Rechtsnachfolge unterscheidet sich sehr wesentlich von der rein zeitlichen Aufeinanderfolge. Bei dieser geht das Recht unter mit seinen Folgen und entsteht in der Person des Nachfolgers neu mit neuen Rechtsfolgen. Das Wesen der Sukzession dagegen liegt darin, daß trotz des Wechsels des Berechtigten die Substanz des Rechtes dieselbe bleibt. Demgemäß müssen bei ihr auch die Rechtsfolgen in der Person des Sukzessors dieselben bleiben, wie in der des Vorgängers oder sie müssen wenigstens ihre Grundlage in den zur Zeit der Sukzession vorhandenen Rechtsfolgen haben und innerhalb des Rahmens derselben entstanden sein[3].

So bedeutend und wichtig demnach der Unterschied zwischen Sukzession und zeitlicher Aufeinanderfolge ist, so schwierig ist es auch unter Umständen, beim Eintritt

1) Windscheid-Kipp, Pandekten Bd. 1, § 64
2) Vgl. Windscheid-Kipp, l. c.
3) Strohal, Sukzession S. 34.

eines Nachfolgers in die Position des Vormannes zu entscheiden, ob erstere oder nur letztere vorliegt. Das ist insbesondere der Fall beim Besitzerwerb auf Grund einer Tradition. Die Frage, ob hier Sukzession in den Besitz oder bloße zeitliche Aufeinanderfolge anzunehmen sei, die sich daran knüpfende Frage, ob überhaupt eine Sukzession in den Besitz möglich sei, ist — besonders seitdem Strohals „Sukzession in den Besitz" 1885 erschien — eine der größten Streitfragen der neueren gemeinrechtlichen Literatur gewesen, eine ungeheure Literatur ist aus ihr hervorgegangen und hat sie doch nicht völlig gelöst.

Wie kommt das wohl? Wovon hängt die Lösung der Frage der Sukzessionsmöglichkeit in den Besitz ab? Etwa von der Frage der rechtlichen Natur des Besitzes selbst? So könnte es auf den ersten Blick scheinen, und in der Tat wird auch der Standpunkt[1] in der Literatur vertreten, daß, je nachdem man sich für die Rechtsnatur des Besitzes oder gegen sie entscheide, die Frage der Sukzessionsmöglichkeit entweder zu bejahen oder zu verneinen sei. Das ist jedoch nicht der Fall. Denn damit, daß man annimmt, der Besitz sei kein „factum", sondern ein „jus", wird, wie Strohal[1] richtig bemerkt, „das zu Erklärende nicht erklärt". Denn einerseits vertragen auch gewisse „Rechte" (wie z. B. der Nießbrauch) eine Sukzession nicht, andererseits ist eine solche wieder möglich in Rechtsfolgen reiner Tatbestände (als Beispiel führt Strohal an: „Den aus der einseitigen

1) Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre, S. 664.
2) Sachbesitz S. 64.

Gebundenheit des Antragsstellers für den Antragsempfänger sich ergebenden Vorteil").

Die Schwierigkeit, die sich der Lösung der Frage, ob eine Sukzession in den Besitz möglich sei, entgegenstellt, liegt vielmehr in dem eigenartigen Verhältnis zwischen Tatbestand und Rechtsfolgen beim Besitze[1]. Gewiß liegt auch anderen Rechtsverhältnissen ein Tatbestand zu Grunde; es gibt sogar, behauptet Jhering[2] „kein einziges Recht, das nicht eine rechtserzeugende Tatsache zur Voraussetzung hätte". Diese ist aber hier nur nötig zur Begründung des Rechtes, nicht zu seinem ferneren Dasein: „Das Recht löst sich vielmehr von der rechtserzeugenden Tatsache z. B. der Tradition, der Okkupation, dem Vertrage, dem Delikte, sofort, wenn es entstanden ist, ab, sie selber fällt der Vergangenheit anheim[3]."

Anders beim Besitze. Bei ihm ist diese rechtserzeugende Tatsache, — die tatsächliche Gewalt einer Person über eine Sache, das corpus — nicht nur eine „transitorische", sondern die „permanente Voraussetzung des Rechtes"[4], m. a. W. das corpus ist unbedingt auch zur ferneren Erhaltung des Besitzes erforderlich. Daraus folgt, daß um in schon bestehenden Besitz zu sukzedieren, man auch in seinem Tatbestand (das corpus) sukzedieren müßte. Das ist aber unmöglich. Denn „das, worin sukzediert wird, können immer nur Rechtsfolgen von Tatbeständen und niemals Tatbestände selbst sein[5].

1) Strohal, Sachbesitz S 64.
2) Jhering, der Besitz, in den Jahrb. f. Dogm. Bd. 32 S. 70.
3) Jhering, l. c. S. 71. Vgl. Strohal, Sukzession S. 41.
4) Jhering, l. c.
5) Strohal, Sukzession S. 154.

Demnach scheint die eigentümliche Verknüpfung des Besitztatbestandes mit den Rechtsfolgen die Sukzession in den Besitz auszuschließen. Betrachten wir jedoch diesen Besitztatbestand einmal näher an einem Beispiel. Ich will den Besitz eines Buches erwerben. Wie mache ich das? Ich ergreife das Buch mit der Hand. Unzweifelhaft bin ich dadurch Besitzer geworden. Der Besitztatbestand — die tatsächliche Gewalt — tritt also beim Besitz*erwerbe* intensiv hervor. Will ich aber den einmal erworbenen Besitz *behalten*, so ist keineswegs erforderlich, daß ich das Buch immer in der Hand halte. Ich kann es ruhig auf den Tisch legen, ja sogar weit fortgehen, ohne daß dadurch an sich der Besitz aufgehoben wird. Wir sehen also, daß um den Besitz zu erhalten, die tatsächliche Gewalt nicht dieselbe Intensität behalten muß, welche zur Neubegründung des Besitzes nötig war. Sie kann im Gegenteil so schwach werden, daß in der Außenwelt von ihr nichts mehr sinnlich wahrnehmbar ist, so daß man zwar weiß, *daß* die Sache im Besitze ist, nicht aber, *wer* der Besitzer ist.

Warum sollten wir nun dasselbe, was für die Fortdauer des Besitzes ohne weiteres gilt, nicht auch für den Erwerb einmal *begründeten* Besitzes gelten lassen? Was hindert uns, das „Traditionskorpus" ebenso abzuschwächen, wie man das corpus der Besitzerhaltung abgeschwächt hat? In der Tat ist die neuere Entwicklung mehr und mehr diesen Weg gegangen. So verlangt das BGB. in § 854 Abs. 2 nichts mehr, als daß der Erwerber „in der Lage ist, die Gewalt auszuüben", die Gewalt selbst braucht er gar nicht zu haben.

„Jede Abschwächung des Traditionskorpus muß aber folgerecht zur Sukzession in den Besitz führen", stimmt Eck[1] mit Recht Strohal bei. Wenn nämlich der Erwerber B bereits „in der Lage ist, die Gewalt auszuüben", dann ist ja bei ihm der zum Besitz erforderliche Tatbestand genau in demselben Maße verwirklicht, wie bei dem Veräußerer A. Also ist zum Eintritt in den Besitz des Vormannes nichts weiter erforderlich, „als daß die Rechtsordnung die — vermöge des der Vergangenheit angehörenden Besitzbegründungsvorganges zunächst zugunsten des A eingetretenen — Rechtsfolgen unter gewissen Voraussetzungen, aber ohne daß sich ein Besitzbegründungsvorgang neuerdings zu verwirklichen braucht, auf den B übergehen läßt".[2]

Eine Sukzession in den Besitz ist theoretisch demnach sehr wohl denkbar. Wie sich schon die jüngste gemeinrechtliche Literatur überwiegend auf den Standpunkt stellte, sie anzuerkennen, so hat sich auch das BGB. dem angeschlossen. Das ergibt sich unzweifelhaft[3] aus folgenden Bestimmungen:

1. aus der Vererblichkeit des Besitzes nach § 857;

2. aus § 870, welcher von der „Übertragung" des mittelbaren Besitzes spricht;

3. aus der Gegenüberstellung des § 854 Abs. 1 und § 854 Abs. 2., nämlich der Besitzbegründung und der konsensualen Überlassung bereits begründeten Besitzes.

1) Kritik über Strohals „Sukzession in den Besitz" in der Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 32 S. 601.

2) Strohal, Sachbesitz S. 62.

3) Vgl. Strohal, Sachbesitz S. 59.

Ausführung.

I. Der Begriff der Besitzübertragung als Unterart der Sukzession in den Besitz.

Ist somit die Sukzession in den Besitz nicht nur theoretisch möglich, sondern vom positiven Recht sogar ausdrücklich anerkannt, so ist es auch voll gerechtfertigt, von einer „Besitz*übertragung*“ zu reden. Die Sukzession in die rechtliche Stellung eines anderen tritt nämlich entweder durch Rechtssatz — ipso jure — ein (z. B. beim Erbanfall des BGB.), oder sie beruht auf Parteiwillen d. h. sie erfolgt erst, wenn durch übereinstimmende Handlungen oder Erklärungen der Parteien der unmittelbare Anstoß zum Eintritt des Nachfolgers in die Rechtsstellung des Vorgängers gegeben ist. In der Person des Vorgängers stellt sich diese Willensbetätigung als „Aufgabe“ seiner Rechtsstellung, in der Person des Nachfolgers als „Erwerb“ dar. Beide Akte kommen uns jedoch als einzelne gar nicht zum Bewußtsein, sie schmelzen vielmehr zu einem einzigen Akt zusammen, und diesen nennen wir — indem wir den Vorgang vom Standpunkte des Vorgängers aus betrachten — „Übertragung“.

Die Besitzübertragung wird nun oft, wie die Besitzsukzession überhaupt, deren Unterart sie ja ist, als „abgeleiteter" oder „derivativer" Besitzerwerb bezeichnet und als solcher dem „originären" Besitzerwerb gegenübergestellt. Der Unterschied zwischen beiden Erwerbsarten ist, wenn wir uns das oben[1] festgestellte Wesen der Sukzession als „Rechtsänderung durch Subjektswechsel" vor Augen halten, nicht schwer zu verstehen. „Derivativ", sagt Cosack,[2] „heißt ein Besitzerwerb, wenn er, um gültig zu sein, das Vorhandensein eines anderen älteren Besitzes voraussetzt, sei es, daß dieser Besitz auf den Erwerber unverändert übergeht, sei es, daß aus ihm für den Erwerber ein neuer Besitz geschaffen wird": originär dagegen der Besitz, der „seine Gültigkeit nicht auf einen anderen Besitz stützt, sondern seine rechtliche Grundlage in sich selber hat". Denselben Gedanken drückt Dernburg[3] so aus: Sukzession liegt vor, wenn „der Besitz des Erwerbers mit dem Besitze des Tradenten identisch und von ihm abhängig ist".

Aus beiden Definitionen ergibt sich übereinstimmend als Voraussetzung[4] jedes derivativen Besitzerwerbes, daß die Sache in dem für den Besitzübergang entscheidenden Augenblicke im Besitze eines anderen ist, d. h. schon ist und noch ist. Das genügt aber nicht allein. Zu dieser Voraussetzung muß noch ein zweites Moment hinzukommen: die Abhängigkeit des neuen Besitzes von dem älteren des Vormannes.

---

1) Vgl. oben S. 11.
2) Cosack, Lehrbuch Bd. 2, S. 71, § 67.
3) Dernburg, Pandekten Bd. 1,2 S. 19.
4) Hruza, der Sachbesitzerwerb corp. et an. S. 273.

Demnach könnten wir die Besitzübertragung definieren als denjenigen Akt, durch welchen infolge übereinstimmender Willensbetätigung zweier Personen die eine den vom Besitze der anderen abhängigen Besitz einer Sache erwirbt.

Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es nun zu untersuchen, welche rechtliche Natur der eben bezeichnete „Akt" hat. Wir sehen sofort, daß aus der Definition zur Lösung dieser Aufgabe nicht viel gewonnen ist. Schon die Erfahrung des täglichen Lebens zeigt uns, daß dieser Akt in hundertfach verschiedener Art vor sich gehen kann. Und dazu kommt noch, daß das BGB. selbst noch verschiedene Arten des Besitzes (mittelbaren und unmittelbaren) unterscheidet, dessen Übertragung sich naturgemäß wieder verschieden gestalten muß. Bevor wir daher an unsere eigentliche Aufgabe herantreten, wird es unerläßlich sein, zuvor die einzelnen Fälle der Besitzübertragung kennen zu lernen und sie soweit als möglich unter einheitliche Gesichtspunkte zu bringen, ev. ihre differierenden Momente hervorzuheben.

II. Die Arten der Besitzübertragung.

1. Die Übergabe.

a. Die körperliche.

Denken wir uns zunächst zwei Personen, etwa Verkäufer und Käufer, in einem Kaufladen einander gegenüberstehen. Der Verkäufer ergreift die Ware, die der Käufer begehrt, und gibt sie ihm in die Hand. Eine solche „körperliche" Übergabe erscheint uns auf den

ersten Blick gewiß als die einfachste und häufigste Art, in welcher der Akt der Besitzübertragung im täglichen Leben sich abspielt. Und doch wird uns die nähere Betrachtung vom juristischen Standpunkte aus zeigen, daß hier eine „Besitz*übertragung*“ gar nicht vorliegt.

Als wesentliche Voraussetzungen der Besitzübertragung haben wir oben kennen gelernt: 1. Das Dasein des Besitzes an der Sache beim Vormanne; 2. die Abhängigkeit des neuen Besitzes von dem älteren. Sind nun beide Voraussetzungen in den Fällen der *körperlichen* Übergabe vorhanden?

Erstere unzweifelhaft; denn wir haben uns den sich hierbei abspielenden Vorgang nicht so vorzustellen, als ob erst der Vormann (also in unserem Beispiele der Verkäufer, seinen Besitz aufgibt, so daß niemand mehr im Besitze der Sache ist, und *dann* der Käufer den Besitz ergrift, — sondern beide Handlungen gehen *gleichzeitig* und *ungetrennt* von einander — *uno actu* — vor sich, so daß erst *mit* der Besitzergreifung des Käufers und *durch* dieselbe der bisherige Besitz des Verkäufers untergeht, also die Sache keinen einzigen Augenblick *besitzlos* ist.

Anders steht es jedoch mit der zweiten Voraussetzung. Hätte der Besitzerwerb des Käufers seine rechtliche Grundlage wirklich im Besitze des tradierenden Verkäufers, dann könnte der Käufer nicht Besitz erworben haben, wenn bei der Tradition irgend ein Fehler untergelaufen wäre. *Brinz*[1] zieht diese Konsequenz; er

1) Jahrb. des gem. Rechts III, S. 16 ff. (§ 859) und Pandekten 2. Auflage § 138.

meint, Besitz werde nur insofern erworben, als der Übertragende selbst besitze und das Übertragungsgeschäft gültig sei. Ihm gegenüber weist jedoch Windscheid[1] darauf hin, daß „derjenige, welchem eine Sache von einem anderen übergeben worden ist, nicht genötigt sein könne, sich auf die Tradition zu berufen und sich danach die Fehler der Tradition anrechnen zu lassen; warum sollte er nicht einfach dabei stehen bleiben können, daß er die Sache habe und haben wolle?" Und so ist es auch in der Tat; die Tradition vermittelt hier gar nicht den Besitzerwerb. Durch die Übergabe drückt der Vorbesitzer lediglich sein Einverständnis mit dem Besitzerwerb des Nachbesitzers aus. Rechtlich unerheblich ist das keineswegs; denn es ist gewiß von Bedeutung, ob mit Willen oder ohne Willen des Vorbesitzers Besitz ergriffen wird, aber, wie Strohal[2] richtig bemerkt, nur für die Beschaffenheit des Besitzes, nicht für sein Dasein selbst. Denn wäre der Erwerber, wenn er die Sache etwa heimlich oder gewaltsam an sich genommen hätte, nicht ebenso gut Besitzer geworden, wie im Falle der Übergabe?

Wenn wir demnach die Handlungen der Parteien bei der körperlichen Besitzübergabe inbezug auf ihre rechtliche Bedeutung für den Besitzerwerb mit einander vergleichen, so sehen wir, daß die Handlung des bisherigen Besitzers, die Hingabe, allein für die Beschaffenheit des neuen Besitzes, die Handlung des

1) Pandekten, Bd. 1 § 135 S. 671 f.

2) Sachbesitz, S. 85 Anm. 83. Vgl. Strohal, Sukzession in Besitz, S. 166, 234. Pininski, Tatbestand des Sachbesitzerwerbes, Bd. 2 S. 12.

Erwerbers, das Zugreifen, allein für das Besitzdasein rechtlich relevant ist. Denken wir uns nun die Handlung des Vorbesitzers, als für den Besitzerwerb irrelevant, gänzlich hinweg, dann unterscheidet sich der Besitzerwerb durch körperliche Übergabe in nichts mehr vom Besitzerwerb durch einseitiges Besitzergreifen; nicht derivativer, sondern originärer Besitzerwerb liegt also vor.[1]

Ein anderes Bedenken hiergegen macht Hruza[2] geltend. Er nimmt Sukzession an, weil „hier Rechtsfolgen gelten, die beim eigenmächtigen Erwerbe nicht eintreten". Als solche nennt er: „Die accessio temporis bei der Usukapion (dem interdictum utrubi und der publizianischen Klage)". Sollten diese Rechtsfolgen wirklich kraft Sukzession vom Nachbesitzer erworben werden? Dann müßten sie doch vom Vormanne aus auf ihn übergegangen sein, denn „sukzedieren" heißt ja doch: eintreten in die bereits beim Vormanne vorhandenen Rechtsfolgen.[3] Daß aber die accessio temporis schon beim Vorbesitzer vorhanden sei, glaubt wohl Hruza selber nicht. Nicht kraft Sukzession, vielmehr kraft des — mit Willen des Vorgängers erfolgenden — unmittelbaren Anschlusses[4] des Nachbesitzers an den Besitz des Vorgängers kommt jenem die accessio temporis zu Gute. Strohal[5] hat daher ganz Recht, wenn er

1) Vgl. Strohal, Sachbesitz, S. 85 Anm. 83. Thoma, Bedeutung des Besitzwillens, S. 15 Anm. 2 und S. 39 Anm. 76. Raape, Besitzerwerb ohne Besitzwillen, S. 66. — A. A. Hirsch, Sachbesitzerwerb und Verlust, S. 271 f. Brinz, Pand. S. 511.

2) Der Sachbesitzerwerb corpore et animo S. 270 Anm. 81 und S. 273.

3) Vgl. oben S. 11.

4) Vgl. Dernburg, Pandekten Bd. 1 § 221.

5) Sachbesitz, S. 85, Anm. 83.

Hruza's Ausführungen „unklar" nennt und ihm vorwirft, er habe nicht richtig überlegt, in was eigentlich sukzediert werde.

Besitzübertragung und Besitzerwerb durch körperliche Übergabe sind demnach nicht identische Begriffe. Erstere ist, wie oben[1] dargelegt, eine Unterart der Sukzession und nur so aufzufassen, bei letzterem dagegen ist von einer Sukzession in den Besitz keine Rede. Wie man daher, wenn man die Möglichkeit einer Besitzsukzession leugnet, auch nicht von einer „Besitzübertragung" reden darf (obwohl dies in den Lehrbüchern sehr häufig geschieht), so ist es m. E. auch inkonsequent, an Stelle des Ausdruckes „Besitzerwerb durch körperliche Übergabe" das Wort „Besitzübertragung" zu gebrauchen.[2] Fast alle Lehrbücher und Monographien werfen aber diese Ausdrücke fortwährend durcheinander.

Der körperlichen Übergabe analog zu behandeln und deshalb aus dem Rahmen dieser Arbeit auszuscheiden sind die vielfach variierenden Fälle, in denen die Sache dem Erwerber zwar nicht ausgehändigt, aber doch so in seinen Machtbereich gebracht wird, daß er nach der Verkehrsanschauung dadurch an sich schon, ohne noch zugreifen zu müssen, die tatsächliche Gewalt erlangt, z. B. wenn der Briefträger den an den Empfänger adressierten Brief in dessen Briefkasten an der Tür steckt.

1) Vgl. S. 16.

2) Auch vom sprachlichen Standpunkt aus ist es falsch, diesen Akt „Besitzübertragung" zu nennen. Denn das deutsche Wort „Besitz übertragung" legt den Hauptton auf die Handlung des Tradenten, während gerade diese hierbei, wie oben ausgeführt, gänzlich bedeutungslos für den Besitz erwerb ist.

Originärer Besitzerwerb liegt endlich auch vor, wenn der Erwerber die Sache entnimmt auf Grund einer Gestattung seitens des Vorbesitzers (vorausgesetzt natürlich, daß der Erwerber im Augenblicke der Gestattung nicht schon in der Lage war, die Gewalt auszuüben.[1]) Die Gestattung steht hier an Stelle der Übergabe, sie hat deshalb auch dieselbe rechtliche Bedeutung wie diese, d. h. sie hat nur Bedeutung für die Beschaffenheit des neuen Besitzes — insofern durch sie bewiesen wird, daß der Erwerber mit Willen des bisherigen Besitzers seinen Besitz erlangt hat. Der neue Besitz selbst wird existent allein durch die einseitige Entnahme des Erwerbers.

b. Die konsensuale Übergabe des § 854 Abs. 2.

Nicht immer ist es möglich, eine Sache dem Erwerber „körperlich" (auch im weiteren Sinne) zum Besitz zu übergeben (z. B. ein Grundstück, ein Gebäude, einen Baum). Für diese Fälle greift BGB. § 854 Abs. 2 ein: „Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerbe, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben". Da der consensus der Parteien hier das den Besitzübergang vermittelnde Moment ist, wollen wir diesen Besitzerwerb im Gegensatz zu dem im vorhergehenden Abschnitte besprochenen als „Besitzerwerb durch konsensuale Übergabe" bezeichnen. Es fragt sich nun, welche

1) In diesem Falle entsteht nämlich der Besitz des Erwerbers schon mit der Gestattung, und es liegt Besitzerwerb durch vertragsmäßige Übergabe vor, also derivativer Besitzerwerb (vgl. u. S. 27 ff.), nicht originärer.

Fälle gehören dahin und handelt es sich in diesen um „Besitzübertragung"?

Wir müssen zunächst zwei Gruppen von Fällen auseinanderhalten:

1. Der Besitzer einigt sich mit einem Nichtbesitzer über den Besitzerwerb;

2. der Besitzer einigt sich darüber mit einem anderen, der entweder bereits Besitzer der Sache ist (natürlich nicht Alleinbesitzer) oder doch wenigstens die tatsächliche Gewalt nach § 855 ausübt, also „Besitzdiener" ist. —

Beide Gruppen haben das Gemeinsame, daß die eine Partei stets der bisherige Besitzer sein muß: „Die Einigung des bisherigen Besitzers" sagt ausdrücklich der § 854 Abs. 2. Nun unterscheidet aber das BGB. unmittelbaren und mittelbaren Besitz und versteht unter „Besitz" bald beide Arten, bald nur eine derselben. Wie in jedem Einzelfalle haben wir daher auch hier zu prüfen, was mit „Besitzer" gemeint ist.

Der mittelbare Besitz beruht nach Strohal[1] „auf einem zwischen dem mittelbaren und unmittelbaren Besitzer bestehenden Verhältnisse, vermöge dessen sich der Besitz des letzteren als ein ihm von dem ersteren auf Zeit anvertrauter darstellt". Die tatsächliche Gewalt des mittelbaren Besitzers verkörpert sich demnach, wenn auch nicht ausschließlich,[2] so doch hauptsächlich in dem Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer (Besitzmittler). Wollte nun der mittelbare Besitzer nach § 854

1) Sachbesitz, S. 59.

2) Strohal, l. c. Vgl. Planck, Kommentar, Bd. 3 S. 59. Gierke, Fahrnisbesitz, S. 7 Anm. 15.

Abs. 2 durch Einigung seinen Besitz dem Erwerber überlassen, dann müßte dieser „in der Lage sein, die Gewalt über die Sache auszuüben", m. a. W. er müßte einen Herausgabeanspruch gleich dem des bisherigen (mittelbaren) Besitzers haben. Das ist aber nicht möglich: niemals kann ein Dritter, der nicht schon mittelbarer Besitzer ist, einen solchen haben. Mangels dieser Voraussetzung in der Person des Erwerbers kann sich also § 854 Abs. 2 nicht auf den mittelbaren Besitzer beziehen.

Der Erwähnung bedarf jedoch folgender Fall: Der Pfandschuldner A überläßt seinem Gläubiger B das Faustpfand, daß er diesem gegeben hat, später zu Eigentum. Anscheinend ist hier der bisherige mittelbare Besitz des Pfandschuldners A gleichzeitig mit der Eigentumsübertragung auf den Gläubiger übergegangen. In Wirklichkeit liegt der Fall aber anders. Der Gläubiger B ist ja schon Besitzer des Faustpfandes. Da er die unmittelbare tatsächliche Gewalt hat, ist sein Besitz sogar noch intensiver als der des A, ein Plus ihm gegenüber. Wie kann er das Minus hinzuerwerben wollen! Es liegt überhaupt kein Erwerb des Besitzes vor, weder des mittelbaren, noch des unmittelbaren,[1] sondern, da sich der „Besitzgrund"[2] des Pfandgläubigers ändert, „Besitzveränderung" oder „Besitzumwandlung": Der bisherige (unmittelbare) Fremdbesitzer verwandelt seinen Fremdbesitz in Eigenbesitz,[3] oder, wie Kniep[4] es ausdrückt: der Zeitbesitz verwandelt sich in Dauerbesitz. —

1) Strohal, Sachbesitz, S. 89.
2) Kniep, der Besitz des BGB. S. 256.
3) Cosack, Lehrbuch, Bd. 2 S. 75.
4) Der Besitz des BGB. S. 255.

Der „bisherige Besitzer" im Sinne des § 854 Abs. 2 muß also stets der unmittelbare sein. Ist er dies, dann kommt es nicht darauf an, von welcher Beschaffenheit sein Besitz ist: ob Fremd- oder Eigenbesitz, Allein- oder Mitbesitz, fehlerhafter oder fehlerfreier Besitz. Daraus ergeben sich unter Umständen Eigentümlichkeiten. So in dem Falle, wo der unmittelbare Besitzer des § 868 (der sog. Besitzmittler) die Einigung mit dem Erwerber abschließt. Letzterer wird hier nämlich Eigenbesitzer, wenn auf seiner Seite die Voraussetzung des § 872 vorliegt,[1] während der bisherige Besitzer Fremdbesitzer war. Daran hat Hruza[2] schon unter der Herrschaft des gemeinen Rechtes Anstoß genommen und Bedenken getragen, diesen Fall als Besitzsukzession[3] aufzufassen. Er erklärt Sukzession für schlechthin ausgeschlossen, wenn „nicht vom Eigenbesitzer Eigenbesitz überlassen wird". Meiner Ansicht nach ist kein Anlaß zu irgend welchem Bedenken vorhanden. Mit demselben Rechte könnte man ja auch sagen, daß, wenn jemand von einem fehlerhaften Besitzer Besitz erwirbt, und der neue Besitz — weil der Erwerber beim Erwerbe in gutem Glauben war (BGB. § 858 Abs. 2) — ein fehlerfreier ist, deshalb schon von Besitzsukzession keine Rede sei. Diese Verwandlung des Fremdbesitzes in Eigenbesitz, des fehlerhaften in fehlerfreien Besitz beim Erwerber hat mit der

1) Strohal, Sachbesitz, S. 84 Anm. 82.

2) Der Sachbesitzerwerb corp. et an, S. 274 ob.

3) Auf das heutige Recht angewendet würde seiner Ansicht nach dieser Fall auch nicht unter BGB. § 854 Abs. 2 fallen, weil dieser Paragraph in Abs. 2 nur von „Besitzübertragung", also Sukzession handelt, wie weiter unten ausgeführt.

Sukzession überhaupt nichts zu thun. Ändert denn damit der Besitz des Erwerbers sein Wesen als ein vom Dasein des Besitzes beim Vormanne „abhängiger“ Besitz? Doch gewiß nicht, denn dann wäre es möglich, etwa von einem angeblichen Sequestrationsbesitzer (unmittelbaren Fremdbesitzer) durch die Einigung des § 854 Abs. 2 Eigenbesitz erwerben zu wollen.[1] Weil beim Erwerber gewisse Voraussetzungen vorhanden sind, die beim bisherigen Besitzer fehlen, ändert sich beim Erwerbe ipso jure die Beschaffenheit des bisherigen (fehlerhaften oder Fremd-) Besitzes. Das übersieht Hruza.

Kehren wir nunmehr zu den oben genannten beiden Gruppen zurück.

ad 1. Der Erwerber, mit welchem sich der bisherige unmittelbare Besitzer einigt, ist nicht Besitzer, auch nicht Besitzdiener. Liegt in diesen Fällen „Besitzübertragung“ vor?

Wolff[2] stellt das in Abrede. Er behauptet, durch den in der Einigung zum Ausdruck gekommenen Willen habe der bisherige Besitzer den Besitz verloren, der Erwerber denselben erlangt; es seien zwei aufeinander folgende Akte. Also sei dieser Besitzerwerb keine Sukzession in den Besitz, sondern originärer Besitzerwerb. Dieser Ansicht ist jedoch nicht beizustimmen. Wenn der bisherige Besitzer den Besitz verlieren will, der Erwerber nunmehr an der (besitzlosen) Sache Besitz erwerben will, wo bleibt dann der übereinstimmende Wille, die „Einigung“? — Worüber haben sich die Parteien dann eigentlich „geeinigt“?

1) Vgl. Strohal, Sachbesitz S. 85 Anm. 83.

2) Der Begriff des Besitzes nach dem deutschen BGB. S. 23.

Weil, um die erforderliche Einigung zu erzielen, die beiden Willen der Parteien sich an einem Punkte begegnen und vereinheitlichen, zu *eins* werden müssen, läßt sich der Vorgang gar nicht in zwei, noch dazu aufeinander folgende, Akte zerlegen. Im Augenblicke des Besitzerwerbes ist also die Sache nicht schon besitzlos, wie es nach *Wolffs* Ansicht der Fall sein würde, sondern *noch* im Besitze des Vormannes.

Die eine Voraussetzung der „Besitzübertragung" wäre demnach hier vorhanden. Es fragt sich nur, ob sich dasselbe auch von der zweiten sagen läßt, ob also der Besitz des Erwerbers von dem des bisherigen Besitzers „abhängig" ist. Die Frage läßt sich ohne weiteres bejahen.[1] Zwischen dem bisherigen Besitz und dem Besitz des Erwerbers ist in der Tat ein Band vorhanden: das ist die „Einigung". Ist nämlich die Einigung aus irgend einem Grunde nicht zustande gekommen, so ist auch kein Besitzerwerb eingetreten, da der Erwerbswille des Erwerbers hierzu allein nicht genügt und ein Besitzbegründungsvorgang sich nicht neuerdings verwirklicht hat. Und die Einigung setzt begrifflich die Mitwirkung *beider* Parteien voraus: während es beim Besitzerwerb durch körperliche Übergabe nur auf die Handlung des Erwerbers ankam, ist hier die Handlung des bisherigen Besitzer gleichfalls rechtlich relevant, so daß es auch vom sprachlichen Standpunkte aus gerechtfertigt ist, das Wort „Besitz*übertragung*" für diesen Vorgang zu gebrauchen. —

Unter diese Gruppe gehören auch die Fälle, welche man in der früheren (vor *Savigny* bestehenden) gemein-

1) Vgl. Strohal, Sachbesitz, S. 59, S. 85 Anm. 83.

rechtlichen Lehre unter dem Namen „symbolische oder fingierte Tradition“ (traditio ficta) zusammenzufassen pflegte. Dahin gehören einmal die Übergabe von Schlüsseln, Urkunden und ähnlichen Symbolen zum Zweck der Besitzübertragung und dann das Signieren.

Während vor Savigny diese Art der Besitzübertragung allgemein anerkannt war, war man nach ihm zu der realen Tradition zurückgekehrt und verwarf sie. Auch das BGB. enthält keine besondere Bestimmung über die fingierte Übergabe, doch nur, weil § 854 Abs. 2 auch sie umfaßt.

Schon im Gemeinen Recht setzte die symbolische Tradition, um wirksam zu sein, voraus, daß man vermittelst des Symboles beliebig über die Sache verfügen konnte[1], daß man also z. B. durch die Übergabe von Schlüsseln beliebigen Zutritt zu dem Orte, wo die betreffende Sache verwahrt wurde, erhielt. Das entspricht nun genau dem „in der Lage sein, die Gewalt auszuüben“ des BGB. § 854 Abs. 2. Zugleich ist aber in der Hingabe des Symbols die Zustimmungserklärung des Vorbesitzers zum Besitzübergange und in der Annahme desselben die Erklärung des Erwerbers, daß er dessen Besitz erwerben wolle, zu erblicken. Also ist auch die „Einigung“ vorhanden, und mehr verlangt ja das BGB. nicht zur Besitzübertragung.

Ähnlich verhält es sich mit dem „Signieren“. Allerdings kann das Signieren die Bedeutung eines bloßen „Promemoria“[2] haben, um die Identität der Ware fest-

1) Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 18,4.

2) Kohler, „Das Signieren als Besitzergreifungsakt“ bei Grünhut Bd 12, S. 6.

zustellen oder einzelne Sachen zur Sicherung des obligatorischen Forderungsrechtes aus einer Gesammtheit individuell auszuscheiden[1]. Häufig kann jedoch in der Erlaubnis zum Signieren zugleich die Zustimmungserklärung zum Besitzübergange gefunden werden[2]. Sind außerdem die gezeichneten Waren dem Anzeichnenden jederzeit zugänglich, etwa deshalb, weil sie vollkommen frei lagern, so daß er „in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben", dann ist wieder den Erfordernissen des § 854 Abs. 2 vollauf Genüge getan mit dem „Signieren" also ein Besitzübertragungsakt beendet.

ad 2. Die „Einigung" findet statt:

a) zwischen dem bisherigen Besitzer und einem anderen, der auch Besitzer der Sache ist.

b) zwischen dem ersteren und dem Besitzdiener.

ad a: Hier lassen sich zwei Möglichkeiten denken: entweder ist der andere bereits unmittelbarer Besitzer, so daß ihm der „bisherige Besitzer" als mittelbarer Besitzer gegenübersteht, oder umgekehrt: Der „bisherige Besitzer" ist unmittelbarer Besitzer, der Erwerber mittelbarer.

Was den ersteren Fall anbetrifft, so haben wir bereits oben[3] gesehen, daß er, weil der „bisherige Besitzer" des § 854 Abs. 2 unmittelbarer Besitzer sein muß, nicht unter die Fälle des § 854 Abs. 2 zu rechnen

1) Endemann, Einführung in das Studium des bürgerl. Rechtes Bd. 2, S. 141.

2) Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3, § 185.

3) Siehe S. 25.

ist und daß es sich hierbei nicht um Besitzerwerb[1], sondern um Besitzumwandlung handelt.

Zur Veranschaulichung des zweiten Falles diene folgendes Beispiel von Strohal (Sachbesitz, S. 20): nach Ablauf der fünfjährigen Pachtperiode zieht der Pächter wieder von dem Pachtgrundstücke ab. Durch seinen freiwilligen Abzug gibt der Pächter (bisheriger unmittelbarer Besitzer) zu verstehen, daß er das Grundstück dem Verpächter wieder zum unmittelbaren Besitz überlassen will. Daß dieser (der „Erwerber") damit einverstanden ist, kommt darin zum Ausdruck, daß er weder den Pachtkontrakt verlängert noch einen neuen abgeschlossen hat. Also „Einigung" ist zwischen beiden vorhanden. Trotzdem kann man auch hier nicht von „Besitzübertragung" sprechen. Denn der bisher ruhende Eigenbesitz des Verpächters gewinnt wieder volle Intensität, sobald der Pächter von dem Grundstück abzieht, ohne daß es hierzu eines besonderen Restitutionsaktes bedürfte.[2]

ad b: Wohl aber liegt Besitzübertragung vor bei dem Besitzerwerb durch Einigung zwischen dem bisherigen Besitzer und dem Besitzdiener. Dieser Fall deckt sich eigentlich genau mit dem unter Ziffer 1 bereits besprochenen, da ja der Besitzdiener ebenfalls nicht besitzender Erwerber ist.[3] Der Hervorhebung bedarf er

1) Bartels, Ausführung zur Besitzlehre des BGB. S. 657. A. A. Kohler (im Archiv für bürg. Recht Bd. 18, S. 81), der von einem „Hinzuerwerb" des Fremdbesitzes zum Eigenbesitz spricht. Eigenbesitz und Fremdbesitz schließen jedoch einander aus. Man kann nicht Eigenbesitzer und Fremdbesitzer derselben Sache zugleich sein.

2) Strohal, Zum Besitzrecht des Entw. eines BGB. f. d. d. R. in Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 29 S. 369.

3) § 855 BGB.

jedoch deshalb, weil er sich als letzter Überrest der gemeinrechtlichen brevi manu traditio darstellt, einer Besitzübertragungsart, deren Eigenart darin bestand, daß der bisherige juristische Besitzer dem Detentor den Besitz einräumte. Nachdem nunmehr der gemeinrechtliche Detentor regelmäßig bereits Besitzer ist, so kann, von dem obigen Ausnahmefalle abgesehen, in den gemeinrechtlichen Fällen der brevi manu traditio nur noch von einem Fortfallen des danebenstehenden mittelbaren Besitzes die Rede sein.[1]

2. Die Abtretung des Herausgabeanspruches nach § 870.

Durch die „Einigung" des § 854 Abs. 2 kann immer nur unmittelbarer Besitz übertragen werden. Demgegenüber enthält das BGB. im § 870 eine besondere Bestimmung über die Art und Weise, in welcher der mittelbare Besitz übertragen wird: „Der mittelbare Besitz kann dadurch auf einen Anderen übertragen werden, daß diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird". Wie es das Gesetz selbst schon durch den Gebrauch des Wortes „übertragen" andeutet, handelt es sich hier tatsächlich um „Besitzübertragung"; denn der übereinstimmende Wille allein ist es, welcher hier den Besitzerwerb des anderen herbeiführt. Er stempelt genau ebenso, wie die Einigung in den

2) So richtig Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 1 S. 69 u. Strohal, Sachbesitz S. 77 Anm. 71 gegen v. Buchka (S. 167 Anm. 5) u. Bekker (Der Besitz bewegl. Sachen in Iherings Jahrb. Bd. 34 S. 8), welche die Bestimmung des BGB. § 854 Abs. 2 (resp. E. II. § 777 Abs. 2) auf die brevi manu traditio beziehen, während sie mit ihr gar nicht zusammenhängt.

Fällen des § 854 Abs. 2, den Besitz des Erwerbers zu einem vom Besitz des bisherigen Besitzers „abhängigen".

Die Abtretung des Herausgabeanspruches wird sich im täglichen Leben sehr verschieden gestalten. Da das BGB. keine nähere Bestimmung hierüber enthält, so ist dem Parteiwillen ein weiter Spielraum gelassen. Dementsprechend umfaßt der § 870 eine ganze Reihe äußerlich differierender Besitzübertragungsfälle.

Hierhin gehört vor allem der im Verkehr wichtige Fall des Besitzüberganges infolge einer Anweisung: wenn nämlich jemand, der bisher Besitzmittler des Anweisenden war, von diesem angewiesen wird, fortan Besitzmittler des Anweisungsempfängers zu sein[1]. Natürlich ist hierbei vorausgesetzt, daß der Anweisungsempfänger auch die Anweisung angenommen hat, weil erst damit die Abtretung des Herausgabeanspruches zu stande gekommen ist.

Dagegen liegt nicht immer eine Übertragung des mittelbaren Besitzes in der Aushändigung eines sog. Auslieferungsscheines (Extraditionsscheines). Ein Beispiel hierfür führt der 5. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen auf S. 185 ff. an. Die Beklagte Y hatte eine Anzahl Steine, die auf dem Platz der Handlung K. u. Co. standen, dem Kläger (Kaufmann X) verkauft, Kläger war wegen Nichterfüllung seitens der Beklagten vom Vertrage zurückgetreten. Beklagte bestritt die Berechtigung des Klägers zum Rücktritt, weil sie den Vertrag durch „Tradition" der Steine an den Kläger erfüllt habe. Die Beklagte hatte aber dem X einen von ihr unterschriebenen Schein ausgehändigt, welcher

1) Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 S. 57,6.

lautete: „Ersuche Überbringer dieses die von uns auf Ihrem Platze stehenden Steine verabfolgen zu lassen, da wir selbige an Herrn X (Kläger) unterm heutigen verkauft".

Die Entscheidung des Falles hängt also ganz davon ab, ob man in der Aushändigung des Auslieferungsscheines eine Besitzübertragung erblickt oder nicht. Maßgebend ist dafür der Parteiwille. Sollte der Empfänger des Scheines (Kaufmann X) nur befugt und ermächtigt sein, sich die Steine aushändigen zu lassen, dann stellt sich der Auslieferungsschein als bloße Legitimationsurkunde dar: „Der Schein drückt also noch keine Erledigung des Besitzes seitens der Beklagten (der mittelbaren Besitzerin) und ebenso die Annahme des Scheines seitens des Klägers keine Besitzergreifung aus". Anders, wenn nach Absicht der Parteien sofort mit der Einhändigung des Papieres auch der mittelbare Besitz erworben werden sollte in der Art, daß die Beklagte Y die Firma K. u. Co., die bis dahin Besitzmittlerin ihr gegenüber war, ermächtigte und beauftragte, die Steine fortan für den Kläger X zu besitzen. Dann ist der Auslieferungsschein eine Anweisung, mit seiner Annahme also das Erfordernis des Besitzüberganges nach BGB. § 870 erfüllt.[1]

Ein weiterer Fall der Übertragung mittelbaren Besitzes und zwar eigentümlicher Art ist durch die Bestimmungen des HGB. §§ 424, 450, 647 über die Traditionspapiere (Lagerschein, Ladeschein, Konnossement)

1) vergl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 S. 58 Anm. 2 und Pandekten, Bd. 1 § 178 Anm. 12; Staudinger, Komm. zum BGB. Bd. 3 S. 26.

in Verbindung mit der Bestimmung des BGB. § 870 gegeben.[1] Der Lagerhalter, Frachtführer, Schiffer ist hier unmittelbarer Besitzer, ihm gegenüber der ursprüngliche Nehmer des Papieres mittelbarer Besitzer. Ist nun das betreffende Papiere auf Order gestellt,[2] so geht durch die Übergabe des indossierten Traditionspapieres seitens des jeweiligen mittelbaren Besitzers an denjenigen, welcher „durch den Schein zur Empfangnahme des Gutes legitimiert wird", der mittelbare Besitz von Hand zu Hand über.[3] Als Eigentümlichkeit ist noch zu erwähnen, daß er auf den Erwerber selbst dann übergeht, wenn der mittelst des Papieres Verfügende zur Verfügung nicht berechtigt ist, „dafern nur auf Seite des Erwerbers die Voraussetzungen vorliegen, zufolge welcher er das Recht a n dem und a u s dem Papiere nach § 365 HGB. auch ganz abgesehen von dem Recht seines unmittelbaren Vormannes, welcher das Papier dem ursprünglichen Nehmer desselben etwa gestohlen hatte, erlangt hat."[4]

Nicht zu den Fällen des BGB. § 870 gehört dagegen die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Überweisung des dem mittelbaren Besitzer zustehenden Herausgabeanspruches zur Einziehung nach CPO.

---

1) vergl. Strohal, Sachbesitz S. 94 f.

2) Lautet es nicht an Order, so kommt ohne weiteres BGB. § 870 zur Anwendung (Strohal l. c.)

3) Kniep, Besitzerwerb S. 140; Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 18,6; Biermann, Sachenrecht S. 41; Bartels, Zur Besitzlehre S. 670. A. A. Lehmann (Komm. z. HGB. Bd. 2 S. 304 Anm. 2): „weil es bei der Verpfändung des Gutes durch Übergabe des Lagerscheins nicht der an sich nach BGB. § 1205 Abs. 2 nötigen Anzeige an den Lagerhalter bedürfe", liege keine Übertragung mitt. Besitzes vor.

4) Strohal l. c.

§§ 846, 849.[1] Denn hier geht der Herausgabeanspruch gar nicht auf den Gläubiger über, ein mittelbarer Besitz ohne Herausgabeanspruch ist aber nicht denkbar.

3. Das Besitzkonstitut.

Der Übertragung des unmittelbaren Besitzes durch konsensuale Übergabe nach BGB. § 854 Abs. 2 und des mittelbaren Besitzes nach § 870 reiht sich ein drittes Besitzübertragungsinstitut an, welches zur Verschaffung sowohl unmittelbaren wie auch mittelbaren Besitzes dienen kann, das sog. Constitutum possessorium: ein Besitzer hört auf, Besitzer für sich zu sein, und übt in Zukunft den Besitz für den Erwerber aus. Zwar wird das Besitzkonstitut in der Besitzlehre des BGB. nirgends erwähnt; daß es aber damit nicht aus der Welt geschafft ist, ergibt sich nicht nur daraus, daß es mit dem Besitzsystem des BGB. völlig vereinbar ist,[2] sondern auch daraus, daß es an anderer Stelle des BGB. (als Ersatz der Übergabe bei der Eigentumsübertragung § 930, vergl. auch § 1032) als existierend vorausgesetzt wird.

In dem Sinne freilich, wie das gemeine Recht das Besitzkonstitut auffaßte — daß nämlich „ein bisheriger juristischer Besitzer sich zum Detentor im Namen eines anderen degradiert, der nun juristischer Besitzer wird",[3] — ist es nach dem BGB. nur noch in einem Falle

1) Planck, Kommentar zum BGB. Bd. 3 S. 61.

2) vergl. Kohler, Vertrag und Übergabe (im Archiv für bürg. Recht, Bd. 18), S. 78.

3) Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 1 S. 690.

denkbar: bei „Hausgenossen“ im Sinne des § 855.[1] Zum Beispiel: Der angestellte Förster veräußert seine Flinte an seinen Herrn, benutzt sie aber noch weiter als unselbständiger Inhaber. Oder: Ein Prokurist, der in einem äußerlich erkennbaren Abhängigkeitsverhältnis zum Erwerber steht, hat eine bisher in seinem Besitz befindliche Sache in Zukunft für ihn inne.

Da hier der bisherige Besitzer (der Förster resp. der Prokurist) die Sache in den Bereich eines dem § 855 entsprechenden Verhältnisses, „vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen (d. h. des Erwerbers, seines Herrn) Folge zu leisten hat“, hineinzieht, wird der Erwerber in die Lage versetzt, die Gewalt über die Sache auszuüben. Zum Besitzerwerbe ist das freilich nicht ausreichend. Der Förster (resp. Prokurist) hat jedoch gleichzeitig noch ein Veräußerungsgeschäft (Kauf, Schenkung od. dergl.) mit dem Erwerber abgeschlossen, aus welchem ihre „Einigung“ über den Besitzübergang zu entnehmen ist. Hierdurch wird aber, genau wie beim Besitzerwerb durch konsensuale Übergabe nach § 854 Abs. 2, der Besitz des Erwerbers ein vom bisherigen Besitz des Veräußerers „abhängiger“. Denn ist der letztere im Augenblicke der Einigung nicht Besitzer gewesen und ist die Einigung selbst nicht gültig zu stande gekommen, dann ist auch kein Besitzerwerb beim dominus eingetreten. Demnach ist das Constitutum possessorium als Besitz *übertragungsart* im wahren Sinne des Wortes aufzufassen.

---

1) Denn der Hausgenosse (sog. Besitzdiener) entspricht allein noch dem Detentor des gem. Rechts, vergl. Kniep, der Besitz des BGB. S. 253; Dernburg, Das bürg. Recht, Bd. 3 § 18 a. E.

Betrachten wir nun folgenden Fall: „Ein Pferdebesitzer vermietet einem Reserve-Offizier ein Reitpferd mit Wirkung vom Tage des Vertrags-Abschlusses bis zur Beendigung des Manövers, unter der ferneren Abrede, daß das Pferd — gegen entsprechendes Entgelt — bis zum Beginn des Manövers beim Vermieter in Futter und Pflege bleiben soll".[1]

Ein Constitutum possessorium im gemeinrechtlichen Sinne liegt hier offenbar nicht vor, da der bisherige Besitzer (der „Pferdebesitzer") bleibt, was er war, — nämlich unmittelbarer Besitzer. Da gleichwohl ein Besitzerwerb bei dem anderen Teile eingetreten ist, so können wir, der veränderten Auffassung entsprechend, welche das BGB. betreffs der Stellung des gemeinrechtlichen Detentors hat, auch einen solchen Fall als Besitzkonstitutsfall bezeichnen. Das BGB. erwähnt ihn im § 930 als Ersatz der Übergabe bei der Eigentumsübertragung. Daß diese Verbindung mit der Eigentumsübertragung nicht notwendig ist, zeigt unser Beispiel.[2]

In allen derartigen Fällen leugnet nun Bartels[3] eine „Besitzübertragung". Er behauptet, daß neben dem bisherigen Alleinbesitzer lediglich „kraft Rechtsfiktion" ein mittelbarer Besitzer hervortrete. Ein Besitzübertragungsgeschäft gelange gar nicht zum Ausdruck.

Nach Bartels beruht also der (mittelbare) Besitz des Erwerbers hier auf Fiktion. Der mittelbare Besitz

1) Vgl. Thoma, die Bedeutung des Besitzwillens S. 78.

2) Vgl. Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 1. S. 690. Thoma (l. c. S. 79) bezeichnet treffend das Konstitut, welches die Übergabe beim Eigentumserwerbe ersetzt, als „qualifiziertes" im Gegensatz zum „rein besitzrechtlichen".

3) Ausführungen z. Besitzlehre des BGB. S. 658.

ist doch aber sonst kein fiktiver! Zwar leugnet Bartels[1] auch das, doch mit Unrecht. Wie Gierke[2] treffend ausgeführt hat, ist der mittelbare Besitz des BGB. mit Rücksicht auf die „Volksanschauung" geschaffen. Und die Volksanschauung faßt diesen Besitz als wahren Besitz auf entsprechend den wirklichen Lebensverhältnissen, denen also das BGB. nur juristischen Ausdruck gegeben hat. Wir brauchen nicht einmal so weit zu gehen, wie Gierke, und dem mittelbaren Besitzer eine „tatsächliche Sachherrschaft" zuzuschreiben; es genügt, in dem mittelbaren Besitze eine „tatsächliche Beziehung der Person zur Sache, die durch die Gewalt des unmittelbaren Besitzers in Verbindung mit dessen Verhältnisse zum mittelbaren Besitzer hergestellt wird", zu erblicken — wie Planck[3] es tut — um das Unhaltbare jener Auffassung des mittelbaren Besitzes als einer „Fiktion" einzusehen.

Und sollen wir nun gerade unseren Fall, den durch das Besitzkonstitut erworbenen „mittelbaren" Besitz, als „Fiktion" konstruieren? Hätte das BGB. ein sog. „abstraktes" Constitutum possessorium, d. h. ein Konstitut, bei welchem der Veräußerer bloß erklärte, im Namen des Erwerbers besitzen zu wollen,[4] dann wären wir dazu berechtigt. Denn hierbei fehlt das sonst zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Besitzer vorhandene Rechtsverhältnis, welches dem mittelbaren Besitzer einen

1) l. c.

2) Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes f. streit. R. nach dem BGB. S. 7 Anm. 45; vgl. „Gutachten" in den Verhandl. des 24. deutschen Juristentages.

3) Kommentar, Bd. 3 S. 59.

4) Planck, Kommentar Bd. 3 S. 182.

fälligen oder doch fällig werdenden Herausgabeanspruch gegen den Besitzmittler gewährt und dadurch eine „tatsächliche Beziehung der Person zur Sache", nach Gierke sogar eine „tatsächliche Sachherrschaft" — herstellt. Das BGB. erkennt aber, wie aus § 930 hervorgeht, nur das sog. „individuelle" Konstitut an:[1] es verlangt ein „Rechtverhältnis", vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Dieses Rechtsverhältnis ist unzweifelhaft dasselbe, welches § 868 für jeden mittelbaren Besitz voraussetzt, wenn auch das BGB. dort nur von einem „Verhältnis, vermöge dessen ꝛc." spricht. Also ist kein Grund vorhanden, den durch das Besitzkonstitut erworbenen mittelbaren Besitz anders aufzufassen, als den des § 868: er ist wahrer Besitz und beruht nicht auf einer Fiktion.

Kehren wir nunmehr zu unserem Beispiel von dem Pferdebesitzer zurück! Wir sehen sofort, daß der mittelbare Besitz des Reserveoffiziers kein fiktiver ist. Denn er hat eine tatsächliche Grundlage. Beruht er doch auf der „Abrede" zwischen dem Offizier und dem Pferdebesitzer, daß das Pferd bei letzterem in Futter und Pflege bleiben soll. Und was ist diese „Abrede" anderes, als das eben charakterisierte „Rechtsverhältnis", welches den bisherigen Eigenbesitzer in Abhängigkeit zu dem Erwerber stellt?

Seinen Besitz erworben hat freilich der Offizier durch die Herstellung dieser tatsächlichen Gewaltbeziehung noch nicht, denn er hat ja nicht die unmittelbare tatsächliche Gewalt erlangt. Dazu bedurfte es noch einer

1) Planck, l. c.

Willensübereinstimmung zwischen den Parteien, entsprechend der „Einigung" des § 854 Abs. 2. Und diese ist in der Tat zu stande gekommen: haben doch die Parteien gleichzeitig mit jener Abrede einen Mietsvertrag abgeschlossen. Aus ihm ist also das Besitzübertragungsgeschäft zu entnehmen, welches Bartels ableugnet. Wenn gleichwohl hier Matthiaß[1] von einer „Neubegründung" des mittelbaren Besitzes spricht, so steht das mit der obigen Ausführung nicht in Widerspruch, da ja der bisherige Besitzer unmittelbarer Besitzer war, also auch nicht „mittelbaren" Besitz übertragen konnte. Logischer Weise kann man in diesen Fällen nur von Übertragung des Eigenbesitzes (oder Dauerbesitzes) sprechen.

Ist so schon die Frage, ob es sich beim Erwerbe mittelbaren Besitzes mittelst Besitzkonstituts um „Besitzübertragung" handelt, wenn der Veräußerer unmittelbarer Besitzer war, nicht unbestritten, so gilt dies noch mehr für die Frage, ob dies auch möglich ist im Falle, daß der Veräußerer im mittelbaren Besitze ist. Die Protokolle sind, wie dies aus den Erörterungen betreffend den § 930 hervorgeht, ganz entschieden dieser Meinung. So heißt es auf S. 204: „Es müsse auch in der Weise Eigentum übertragen werden können, daß der Veräußerer mit dem Erwerber ein Constitutum Possessorium über die im Besitz des Dritten befindliche Sache abschließe." Biermann[2] ist jedoch der Ansicht, daß der Wortlaut des § 930 dagegen spreche. Mit den Worten: „Ist

1) Lehrbuch des bürg. Rechts Bd. 2 S.

2) Sachenrecht, S. 73; vgl. auch Endemann, Einführung Bd. 2 § 35 Anm. 18.

der Eigentümer im Besitze der Sache" meine das Gesetz den unmittelbaren Besitz. Denn verstände man unter Besitz den mittelbaren Besitz, so bedürfte es der Hervorhebung, daß der Eigentümer im Besitze sein müsse, eigentlich überhaupt nicht, da ja ein auch nicht im mittelbaren Besitze, also überhaupt nicht im Besitze befindlicher Eigentümer gar nicht mittelbaren Besitz einem anderen zuteil werden lassen könne. Biermann nennt freilich selbst schon diese Deduktion eine überscharfe und schließt sich deshalb der in den Protokollen vertretenen Ansicht an.

Selbst wenn wir ihm aber beipflichten wollten, könnten wir immerhin den § 930 nicht als Argument gegen die Möglichkeit der Besitzübertragung durch Konstitut seitens des bloß mittelbaren Besitzers betrachten. Denn der § 930 regelt nur die Eigentumsübertragung, nicht die Besitzübertragung.[1]

Nach Planck[2] ergiebt sich die Möglichkeit einer solchen Besitzübertragung daraus, daß „der Veräußerer, auch wenn er bloß mittelbarer Besitzer ist, die Sache z. B. vermietet oder hinterlegt hat, in der Lage ist, mit dem Erwerber ein für diesen den mittelbaren Besitz begründendes Rechtsverhältnis zu vereinbaren (§ 871)". Und hiergegen läßt sich nichts einwenden. Wenn also ein mittelbarer Besitzer seinen Besitz „übertragen" will, dann hat er die Wahl zwischen der Übertragung durch Abtretung des Herausgabeanspruches und der Übertragung durch das Besitzkonstitut.[3]

1) Vgl. Planck, Kommentar Bd. 3 S. 182.
2) l. c.
3) Vgl. Protokolle II. S. 3696.

Zum Schluß möchte ich noch erwähnen, daß nach Kohler[1] als Besitzübertragung durch Constitutum possessorium auch solche Fälle anzusehen sind, in denen der bisherige Besitzer fortan in solche Beziehung zur Sache tritt, welche zwar weder zum Verhältnis des Besitzdieners noch zu dem des Besitzmittlers genügt, immerhin aber eine faktische Unterlage des Besitzes des Erwerbers bilden kann. Als Beispiel dafür führt er an: „Wenn ich im Café mein Extrablatt lese, so kann ich mit dem Wirt ausmachen, daß es sofort in den Besitz der Wirtschaft übergehen solle, so daß ich mit diesem Moment in die Lage eines einfachen Lesers eines Hotelblattes herabsinke" In der Tat wird hier der Leser weder Besitzdiener noch Besitzmittler des Wirtes, während gleichwohl dieser den Besitz erwirbt.

III. Die rechtliche Natur der Besitzübertragung.

Die Fälle der Besitzübertragung lassen sich also sämtlich drei Kategorien unterordnen:

1. der Besitzübertragung durch konsensuale Übergabe nach BGB. § 854 Abs. 2;

2. der Besitzübertragung durch Abtretung des Herausgabeanspruches nach BGB. § 870;

3. der Besitzübertragung durch das Constitutum possessorium.

Die großen inneren Verschiedenheiten, die nach den Ausführungen des 1. Teiles unserer Arbeit diese drei

1) Kohler, Vertrag und Übergabe, l. c. S. 87.

Besitzübertragungsarten aufweisen, lassen es notwendig erscheinen, die Untersuchung über die rechtliche Natur des Besitzübertragungsaktes, die den Inhalt des 2. Teiles bilden soll, bei jeder derselben einzeln vorzunehmen. Wir behalten die obige Reihenfolge bei.

1. Die Besitzübertragung durch konsensuale Übergabe.

a. Die Elemente derselben.

Wie bereits im ersten Teile der Arbeit hervorgehoben, sind zwei Elemente bei der Besitzübertragung durch konsensuale Übergabe zu unterscheiden:

1. Die „Einigung;"

2. das „In-der-Lage-sein, die Gewalt über die Sache auszuüben". Nennen wir ersteres das „Willensmoment", so läßt sich im Gegensatze dazu das letztere als das „faktische Moment" bezeichnen.

Es leuchtet ein, daß das Verhältnis, in welchem die beiden Momente zu einander stehen, für die rechtliche Natur des Besitzübertragungsaktes entscheidend ist. Je nachdem das faktische Moment mehr oder weniger hervortritt, muß auch er entweder den Charakter eines faktischen oder den eines rechtsgeschäftlichen Aktes annehmen. Denken wir, um uns dies zu veranschaulichen, an die Fälle des Besitzerwerbes durch körperliche Übergabe, welche ja viele, wenn auch mit Unrecht, zu den Besitzübertragungsfällen rechnen. Auch hier ist offenbar eine Willenseinigung zwischen Vorbesitzer und Erwerber vorhanden. Ist sie nicht ausdrücklich erklärt, so ist sie doch den konkludenten Handlungen der Hingabe und

Annahme der Sache zu entnehmen. Gleichwohl überwiegt das faktische Moment — die durch das körperliche Ergreifen bewirkte tatsächliche Gewaltausübung, das corpus — dergestalt, daß die Einigung ihm gegenüber völlig zurücktritt. Infolge dieser Belanglosigkeit des Willensmomentes für den Besitzerwerb wird naturgemäß die körperliche Übergabe zu einem rein faktischen Akte.[1]

Da nun das BGB. bei der Besitzübertragung durch konsensuale Übergabe die beiden genannten Elemente gleichmäßig hervorhebt, so müßte dementsprechend unsere Untersuchung zunächst die Frage nach dem Charakter der „Einigung" erledigen und alsdann den Einfluß des faktischen Moments auf die rechtliche Natur des Aktes erörtern. Da jedoch der Charakter der Einigung durch das letztere Moment mit bestimmt wird, so ist eine getrennte Erörterung beider Fragen undurchführbar. Die folgende Untersuchung über die „Einigung" umschließt also auch die letztere Frage.

2. Das Wesen der Einigung.

Wenn wir das Sachenrecht des BGB. durchblättern, so werden wir bemerken, daß der dem gemeinrechtlichen Auge auffallende, ja unverständliche Ausdruck „Einigung" keineswegs allein im § 854 Abs. 2 vorkommt. Wir finden sie in dem § 873, dem ersten Paragraphen des Abschnittes betreffend die „Allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken"; sie ist notwendiges Erfordernis zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück

1) Vgl. Raape, Besitzerwerb ohne Besitzwillen, S. 69.

(§ 925) und an einer beweglichen Sache (§ 929), zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte [Erbbaurecht (§ 1012, vergl. auch § 1015), Dienstbarkeiten: Grunddienstbarkeiten (§ 1018 ff.), oder Nießbrauch an Sachen (§ 1032 ff.), an Rechten (§ 1068 ff.), an einem Vermögen (§ 1085 ff.), oder beschränkt persönliche Dienstbarkeiten (§ 1090 ff.) — ferner Vorkaufsrecht (§ 1094 ff.) Reallasten (§ 1105 ff.), Hypothek (§ 1113 ff.), Grundschuld (§ 1191 ff.), Rentenschuld (§ 1199 ff.)] und endlich auch zur Bestellung eines Pfandrechts an beweglichen Sachen (§ 1205 ff.) und an Rechten (§ 1273 ff.). Wir sehen also, das ganze Sachenrecht wird von ihr beherrscht.

Wie haben wir nun die „Einigung" in allen diesen Fällen sowohl als auch besonders in § 854 Abs. 2 aufzufassen? Ist sie der Typus eines neuen Rechtsbegriffes oder ist sie mit einem schon im bisherigen Recht bekannten Begriff identisch? Wie sich aus den Gesetzesmaterialien[1] ergibt, kannte der erste Entwurf diesen Ausdruck noch nicht. Der § 828, welcher dem § 873 des BGB. entspricht, — der grundlegende Paragraph für alle Erörterungen in den Gesetzesmaterialien und in der Literatur, die mit dem Begriff der „Einigung" zusammenhängen — lautete vielmehr:

„Zur Übertragung des Eigentums . . . an einem Grundstücke ist ein zwischen dem eingetragenen Berechtigten und dem Erwerber zu schließender Vertrag und Eintragung in das Grundbuch erforderlich".

Abs. 2: „Der Vertrag erfordert die Erklärung des Berechtigten, daß er die Eintragung der Rechts-

1) s. bei Mugdan, Ges. Mat. z BGB. Bd. 3 S. VIII.

änderung in das Grundbuch bewillige und die Annahme der Bewilligung von Seiten des anderen Teiles".

Hier steht also noch das Wort „Vertrag", und zwar ist darunter, wie auch aus den Motiven hervorgeht, der „dingliche" Vertrag im Gegensatz zum obligatorischen zu verstehen. Die Kommission für den zweiten Entwurf hat dann nach langen Beratungen diesen Ausdruck gestrichen und erst die Redaktionskommission auf Grund jener Beratungen das Wort „Einigung" dafür eingeführt.

Denn ch haben wir, bevor wir an den Kernpunkt unserer Erörterungen — die Frage nach der rechtlichen Natur der Einigung in § 854 — herantreten, folgende drei Fragen nach einander zu beantworten:

1. Hat der Gesetzgeber durch die Einführung des Wortes „Einigung" in § 873 an Stelle des „Vertrages" im E. I § 828 begrifflich und sachlich etwas ändern wollen?

2. Ist — rein objektiv betrachtet — tatsächlich etwas dadurch der Sache nach geändert worden?

3. Ist die Einigung des BGB. § 854 Abs. 2 nach Charakter und Wesen mit der Einigung in den übrigen Paragraphen des Sachenrechts, insbesondere den §§ 873 und 929 (als den Haupttypen), identisch?

ad 1. Bei der Besprechung des E. I § 828 in der zweiten Kommission wurde der Ausdruck „Vertrag" aus verschiedenen Gesichtspunkten bekämpft.[1] Man sagte auf der einen Seite: Der dingliche Vertrag sei nur ein juristischer Kunstbegriff, welcher erfunden sei, um den Eigentumsübergang bei Grundstücken wissenschaftlich zu

1) Protok. der Kommt. f. d. 2. Les. S. 3390 ff.

erklären. Man konstruiere nur einen Vertrag, um den Juristen das Rechtsverhältnis zu veranschaulichen. Diese juristische Konstruktion sei aber keineswegs zweifelsfrei und allgemein anerkannt. Von anderer Seite wurde geltend gemacht: Der dingliche Vertrag sei überhaupt kein selbständiger Rechtsakt, er sei nur ein Bestandteil des Rechtsaktes, durch welchen die von den Parteien beabsichtigte Wirkung herbeigeführt werde. Und endlich wurde betont: Der Ausdruck „Vertrag" für die in Rede stehende Rechtshandlung entspreche nicht dem Sprachgebrauch und den Anschauungen des Volkes und sei geeignet, zu bedenklichen Mißverständnissen zu führen. Man opfere der juristischen Konstruktion die natürliche Ausdrucksweise.

Obwohl nun von einem Teile der Kommission mit großer Entschiedenheit für den Ausdruck „Vertrag" eingetreten wurde, waren doch die legislatorischen Bedenken ausschlaggebend und so entschied sich die Mehrheit schließlich dahin: Es handle sich vorwiegend um eine Frage der juristischen Konstruktion, zu deren Entscheidung die Wissenschaft berufen sein werde. Dem Sprachgebrauch und den Anschauungen des Volkes entspreche es jedenfalls nicht, das hier in Rede stehende Rechtsverhältnis als Vertrag zu bezeichnen. Die Juristen würden unschwer erkennen, daß oder inwieweit auf die Erklärungen die Grundsätze des Vertrages Anwendung zu finden hätten, wenn auch das Wort Vertrag im Gesetz nicht gebraucht sei.

Daraus ergibt sich zur Beantwortung unserer ersten Frage: Die zweite Kommission hat keineswegs in Abrede gestellt, daß ein Vertrag hier überhaupt nicht vorliege.

Lediglich äußere — legislatorische — Bedenken (die Rücksicht auf Sprachgebrauch und Volksanschauung) haben dahin geführt, das Wort „Vertrag" im Gesetzestexte zu vermeiden. Daß die Kommission selbst begrifflich nichts für geändert ansieht, zeigt sich schon darin, daß in den Protokollen später (z. B. S. 340 f.) ganz unbefangen vom „dinglichen Vertrage" im Sinne der „Einigung" gesprochen wird.[1] Die erste Frage ist demnach zu verneinen.[2]

ad 2. Die weitere Frage, ob der Begriff der Einigung in § 873 auch tatsächlich mit dem Begriff des Vertrages identisch ist, wird freilich nicht durch die subjektive Meinung der Kommission entschieden. Das kann sich nur aus einer objektiven Prüfung und Vergleichung der beiden Begriffe ergeben.

Da der Vertrag unter den Oberbegriff des Rechtsgeschäfts fällt, sein Begriff also von diesem abhängig ist, so bedarf es zunächst einer genauen Feststellung des Rechtsgeschäftsbegriffes. Ein kurzer Blick auf die neuere Literatur zeigt uns aber schon, daß hierüber allein ein dicker Band sich schreiben ließe. Wie im gemeinen Recht ist nämlich auch im Recht des BGB. der Begriff des Rechtsgeschäfts keineswegs nach allen Richtungen hin fest bestimmt. Das BGB. spricht wohl sehr häufig von „Rechtsgeschäften", widmet ihnen in Allgemeinen Teil sogar einen ganzen Abschnitt, nirgends gibt es aber eine Definition des Begriffes derselben — was allerdings vom gesetzgeberischen Stand-

1) Vgl Endemann, Einführung Bd. 2 S. 72 Anm. 3.

2) Vgl. Planck, Kommentar Bd. 1 S. 196; Engeling, Ist die Einigung ein Vertrag? S. 37.

punkte aus als durchaus zweckmäßig angesehen werden muß. Diese Aufgabe ist also immer noch der Wissenschaft überlassen geblieben, welche infolgedessen eine ganze Reihe von mehr oder weniger von einander abweichenden[1] Definitionen aufgestellt hat. Die Motive zum ersten Entwurf das BGB. haben sich der im gemeinen Recht herrschenden Ansicht[2] angeschlossen und definieren folgendermaßen[3]: Rechtsgeschäfte sind „Privatwillenserklärungen, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist".

Wenn wir nun, ohne auf die Streitfragen, die sich an diese Definition knüpfen, näher einzugehen, ohne weiteres dieser Definition folgen, so geschieht es deshalb, weil für unseren Zweck nur zwei Momente in Betracht kommen und gerade diese, welche auch wohl allgemein und unbestritten als Haupterfordernisse eines Rechtsgeschäfts angesehen werden, in der Definition richtig hervorgehoben sind, nämlich:

1. die „Willenserklärung", welche das BGB. geradezu mit dem Begriff „Rechtsgeschäft" identifiziert[4], ein Beweis für die Wichtigkeit, welche das BGB. diesem Erfordernisse beilegt;

---

1) Zitelmann (die Rechtsgeschäfte im Entw. S. 19) bemerkt treffend: „Die Wissenschaft hat ihre Vorarbeiten zu einer abschließenden Begriffsbestimmung noch nicht vollendet".

2) Windscheid-Kipp, Pandekten Bd. 1 § 69; Zitelmann, Irrtum und Rechtsg. S. 285; Sohm, Institut. § 40; Pernice in Gruchots Zeitschrift Bd. 7 S. 465 f. u. a.

3) Bd. 1 S. 126.

4) Dagegen wendet sich Isay, Die Willenserklärung im Tatbestande der Rechtsgeschäfte, S. 48.

2. die Richtung der Willenserklärung auf den rechtlichen Erfolg.

Die Rechtsgeschäfte teilen wir in zwei große Gruppen ein: Die einseitigen und die zweiseitigen, letztere auch genannt die „Verträge". Äußerlich betrachtet beruht der Unterschied zwischen beiden darauf, daß bei ersteren der beabsichtigte Erfolg durch eine Willenserklärung, bei letzteren durch zwei übereinstimmende hervorgebracht wird. Das trifft aber nicht den Kern[1].

Wenn z. B. ein Vormund zu der rechtsgeschäftlichen Erklärung des Mündels seine Zustimmungserklärung abgibt, so liegen offenbar zwei übereinstimmende Willenserklärungen vor und gleichwohl wird niemand behaupten, daß hierin ein Vertragsschluß zwischen Vormund und Mündel zu erblicken sei[2]. Worin besteht nun aber der Unterschied zwischen diesem Akt und einem Vertrage?

Der Vormund in unserem Beispiele steht dem Mündel nicht als Partei gegenüber: er hat bezüglich des Geschäftsabschlusses kein dem Mündel entgegengesetztes Interesse. Anders bei einem Vertrage: hier divergieren die Interessen der Parteien in gegenseitiger Weise[3] und somit ist das Bestreben der Parteien von vornherein auf einen Ausgleich ihrer gegenüberstehenden Interessen gerichtet. Das gibt aber ihrem Willen eine bestimmte Richtung: während die beiden Willen des Vormundes und des Mündels, da sie denselben Ausgangspunkt haben, nur parallel neben einander herlaufen können, bewegen sich die Willen der Vertragsparteien als von

1) Vgl. Windscheid-Kipp, Pandekten Bd. 1 S. 271 Anm. 2.
2) Engeling, Ist die Einigung ein Vertrag? S. 18.
3) Engeling, l. c.

den entgegengesetzten Ausgangspunkten ausgehend, in gerader Linie gegen einander.

Die Folge dieser Willensrichtung der Vertragschließenden ist, daß die beiden Willen, obwohl jeder ursprünglich einen andern Weg hat und vielleicht gerade deshalb, sich schließlich in einem Punkte treffen müssen[1]. Und in diesem Punkte fließen sie zu einem Gesammtwillen zusammen: sie „einigen" sich[2], so daß nunmehr ein einziger Wille in die Erscheinung tritt, der „Vertragswille", dem gegenüber die beiden Parteiwillen nur noch als Glieder und nicht als zwei selbständige rechtsgeschäftliche Willenserklärungen, die übereinstimmen, in Betracht kommen[3].

Wie jede rechtsgeschäftliche Willenserklärung, muß natürlich auch die eben charakterisierte „Willenseinigung", um einen „Vertrag" darzustellen, auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges gerichtet sein. Die Art und Beschaffenheit dieses rechtlichen Erfolges richtet sich stets nach dem Willen der Parteien, wobei aber nicht ausgeschlossen ist, daß die Rechtsordnung noch andere weitergehende Rechtsfolgen hervorbringt, weil den Parteien die Tragweite ihrer Willenserklärungen oft gar nicht recht zum Bewußtsein kommt, ja vielfach ihr Augenmerk überhaupt nur auf den „wirtschaftlichen" Erfolg gerichtet ist.[4] Der rechtliche Erfolg, welcher im täglichen Leben weitaus am häufigsten beabsichtigt wird,

1) Vgl. Bruck, Die Einigung S. 2.

2) Vgl. Windscheid-Kipp, Pandekten Bd. 1 S. 271: Vertrag ist die „erklärte Einigung von 2 Personen über einen beabsichtigten Rechtserfolg".

3) Engeling, l. c. S. 14, S. 18.

4) Dernburg, Bürg. Recht, Bd. 1 § 10.

ist entschieden die Verpflichtung zu einem dare, facere, praestare. Zu behaupten, daß dies der einzige rechtliche Erfolg überhaupt sei, daß also, wie Vangerow[1] meint, das Wesen des Vertrages schlechthin im Versprechen einer Leistung liege, ist aber sicherlich unrichtig, wiewohl man in früherer Zeit allgemein dieser Ansicht war.[2] Schon Savigny[3] hat nachgewiesen, daß der Vertrag eine sämtliche Gebiete des Rechts beherrschende Rechtsfigur ist, und diese Ansicht hat auch in der jüngeren Literatur kaum noch Gegner gefunden.[4] Daß das BGB. auf demselben Standpunkte steht, zeigt uns schon die Tatsache, daß eine ganze Reihe wichtiger Vorschriften über die „Verträge" in den Allgemeinen Teil gestellt sind.

Es ist demnach nicht wegzuleugnen, daß es auf dem Gebiete des Sachenrechts Verträge gibt. Savigny faßt sie unter dem Namen „dingliche Verträge" zusammen. Gegenüber den eine Verpflichtung zu einer Leistung begründenden „obligatorischen" Verträgen besteht ihre charakteristische Eigentümlichkeit darin, daß sie eine Verfügung über den Gegenstand bezwecken, also auf die Begründung, Übertragung, Aufhebung eines dinglichen Rechtes oder die Belastung mit einem solchen gerichtet sind.[5]

Ist nun die „Einigung" des BGB. § 873 ein solcher dinglicher Vertrag? Dann muß sie allen oben

1) Pandekten Bd. 1 § 350 Anm. 1; in der 7. Aufl. übrigens mit Beschränkung auf die „Verträge im eigentlichen Sinne".

2) Über den Grund vgl. Windscheid-Kipp, Pandekten Bd. 1 S. 271 Anm. 4.

3) System des heut. röm. Rechts Bd. 3 S. 312.

4) Vgl. die Litteraturübersicht bei Chlamtacz, Übereignungsart durch Tradition S. 8 u. 9.

5) Neumann, Handausgabe Bd. 1 S. 411.

aufgeführten Erfordernissen desselben entsprechen. Gehen wir, um dies festzustellen, noch einmal auf den ersten Entwurf zurück, welcher ja in dem entsprechenden § 828 zur Eigentumsübertragung einen „Vertrag" verlangte. Nach Abs. 2 erforderte letzterer: Die Erklärung des Berechtigten, daß er die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch bewillige und die Annahme der Bewilligung von seiten des anderen Teiles." Mit Recht weist Engeling[1] darauf hin, daß man hier nach dem Wortlaut des Entwurfes behaupten könnte, es handle sich „um zwei getrennte Rechtsakte, welche dem Grundbuchbeamten gegenüber vorgenommen werden". Hätte also die 2. Kommission nach Ausmerzung des Wortes „Vertrag" den sonstigen Inhalt des § 828 unverändert gelassen, dann lägen in der Tat erhebliche Bedenken gegen die Anwendung des Vertragsbegriffes auf diese „übereinstimmenden" Parteierklärungen vor. Nun hat aber die Kommission inhaltlich eine Änderung vorgenommen; sie formulierte den § 828 des Entwurfes: „Zur Übertragung des Eigentumes — ist die Erklärung des Berechtigten, daß er in die Rechtsänderung willige und die Annahme dieser Erklärung durch den anderen Teil — erforderlich". Hier müssen also, wie auch Engeling richtig hervorhebt, die Parteien untereinander eine Übereinstimmung erzielen und erklären. Demnach ist durch diesen Wortlaut nicht nur bewirkt, daß die Einheitlichkeit des ganzen Aktes nicht mehr in Frage gestellt werden kann, sondern gleichzeitig ist auch die Willensrichtung der Parteien viel deutlicher zum Ausdruck gebracht. Die Parteien wollen die „Rechts-

1) Ist die Einigung ein Vertrag? S. 39, 40.

änderung", den Übergang des Eigentums. Dies ist der Punkt, nach dem beide von verschiedenen Seiten hinstreben und in dem ihre beiden Willen zu einem einzigen zusammenschmelzen. Gerade dieses Moment wurde aber trotz des Wortes „Vertrag" durch den Wortlaut des 1. Entwurfes verdunkelt. Wenn nun das BGB. diesen Vorgang kurzweg „Einigung über den Eintritt der Rechtsänderung" genannt hat, so ist m. E. damit ein sehr treffender und klarer Ausdruck gefunden. Wird doch dadurch gerade das charakteristische Moment eines Vertrages, die Willensvereinigung, deutlich hervorgehoben. Anstatt neuen Zweifel zu säen, beseitigt dieser Ausdruck ein Bedenken, welches gegen die Vertragsnatur erhoben werden könnte.

Stellt sich nun zwar jeder Vertrag als eine „Einigung" dar, so ist doch damit noch nicht bewiesen, daß umgekehrt jede Einigung ein Vertrag sei. Um das zu sein, müßte sie wie der Vertrag auch einen rechtlichen Erfolg herbeiführen. Ist dies nun bei unserer „Einigung" der Fall? Ist, um gleich konkret zu reden, wenn A und B über den Eigentumsübergang an dem Grundstück des A sich einigen, damit der B schon Eigentümer geworden? Offenbar doch nicht! Denn das BGB. verlangt in § 873 noch die „Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch". Solange dieses zweite Moment noch nicht hinzugekommen ist, behält der A immer noch die Möglichkeit, über sein Grundstück gültig zu verfügen.[1] Ähnlich ist es bei der Einigung des § 929: auch hier wird die dingliche Rechtsänderung,

1) Vgl. Koffka, Die rechtl. Bedeutung der Gebundenheit an die Einigung nach § 873 Abs. 2.

der Eigentumsübergang an beweglichen Sachen, durch die Einigung allein nicht herbeigeführt, es bedarf noch der Übergabe der Sache an den Erwerber.[1] Und selbst wenn die Einigung *nach* der Eintragung oder Übergabe zustande kommt, läßt sich doch nicht sagen, daß die sachenrechtliche Wirkung an sie allein sich anknüpfe; sie tritt vielmehr ein, weil dies zweite Moment schon vorher verwirklicht war.[2]

Einen *selbständigen* Erfolg vermag die „Einigung" demnach nirgends herbeizuführen. Ist sie deshalb kein Vertrag? So meint *Bruck*.[3] Er führt aus: „Der Vertrag ist ein in sich abgeschlossenes Rechtsgeschäft. Hat er keine selbständigen Wirkungen, sondern erst ein Rechtsakt, in den er sich als bloßer Bestandteil einfügt, so liegt ein Vertrag nicht vor. Die Einigung und die Eintragung sind die Erfordernisse eines einheitlich gedachten Rechtsaktes, jedes ist nur ein Element desselben. Es widerspricht unserer Anschauung, die Einigung, den einen nur besonders ausgestatteten Bestandteil, einen Vertrag zu nennen". — Diese Auffassung *Bruck's* dürfte jedoch wenig Anklang finden. Daß die Einigung nicht *allein* die Rechtsänderung herbeiführt, ist für den Begriff der Einigung als Vertrag ganz unerheblich.[4] Ist es doch, so führen die Protokolle[5]

1) Nach dem klaren Wortlaut des BGB. ist es ausgeschlossen die Übergabe als bloße Form der Einigung des § 929 anzusehen. Protok. S. 3678. Endemann, Einführ. Bd. 2 § 19.

2) Bruck, Die Einigung, S. 12.

3) Die Einigung. S. 15 f.

4) Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 § 108 Anm. 7. Endemann, Einführ. Bd. 1 § 60 II, § 61; Engeling S. 50.

5) Protok. d. Komm. f. d. 2. Lesung, Guttentag III S. 58 ff.

aus, nichts Ungewöhnliches, wenn „zu einem an sich fertigen Vertrage noch der Eintritt einer weiteren Rechtsbedingung hinzukommen müsse, damit der Vertrag seine Wirkung vollständig erhalte".

Dementsprechend steht auch heute die weitaus überwiegende Mehrheit[1] der Schriftsteller auf dem Standpunkt, daß die „Einigung" in den §§ 873 und 929 sowie allen späteren Paragraphen, in denen noch dazu regelmäßig auf einen der beiden ersteren Paragraphen verwiesen ist, ein „dinglicher Vertrag" sei.

ad 3. Können wir dasselbe nun von der „Einigung" des § 854 Abs. 2 behaupten? Ohne weiteres wohl nicht, denn was oben über die Einigung der §§ 873, 929 ausgeführt wurde, trifft nicht durchweg auf die „Einigung" des § 854 zu. Wir bemerken, daß der Vorgang, der sich bei der Besitzübertragung durch die konsensuale Übergabe des § 854 Abs. 2 abspielt, ein anderer als der den Eigentumsübergang herbeiführende ist. Während hier der dingliche Effekt eintritt, wenn — vorher oder nachher — ein zweites Moment (die Eintragung resp. die Übergabe) verwirklicht ist, wird die Besitzübertragung durch die Einigung allein bewirkt: nur tritt sie äußerlich in die Erscheinung.

Allerdings spielt, wie schon früher hervorgehoben, auch bei der Besitzübertragung ein faktisches Moment eine Rolle: das „In-der-Lage-sein, die Gewalt über die Sache auszuüben". Aber sein Verhältnis zur Einigung des § 854 ist ein anderes, als das Verhältnis der Eintragung resp. Übergabe zur Einigung der §§ 873

1) Vgl. Engeling, Ist die Einigung ein Vertrag?

und 929[1] Die Eintragung (Übergabe) ist ein *selbständiges* Erfordernis zum Eigentumsübergange neben der Einigung (deshalb tritt es auch äußerlich hervor bei dem Übertragungsakte). Auf den Charakter der Einigung selbst wirkt es nicht ein: diese ist und bleibt ein Vertrag, gleichgültig, ob die Eintragung (Übergabe) vorher oder nachher, ja ob sie überhaupt vorgenommen wird. Anders das faktische Moment im § 854 Abs. 2: Ohne dieses hat die Einigung überhaupt keine rechtsgeschäftliche Bedeutung, denn ohne daß der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben, führt die Einigung weder den Besitzerwerb noch sonst einen rechtlich relevanten Erfolg herbei[2]. Das faktische Moment ist also hier kein selbständiges Erfordernis, dessen Erfüllung zum Besitzübergang verlangt wird, es tritt nicht neben der Einigung hervor als ein den Besitzübergang vollendendes Moment, sondern es bildet die *Voraussetzung* zur rechtlichen Wirksamkeit der Einigung selbst.

Diese eigenartige Verknüpfung des Willensmomentes mit dem faktischen kann gleichwohl nicht als Argument gegen die Vertragsnatur der Einigung des § 854 Abs. 2 ins Feld geführt werden. Im Gegenteil! Sie beseitigt das Bedenken, welches von *Bruck* bei der

1) Das gibt schon der Wortlaut der betr. Paragraphen zu erkennen § 873 verlangt: „Die Einigung . . . über den Eintritt der Rechtsänderung *und* die Eintragung der Rechtsänderung". Ähnlich § 929: „Daß der Eigentümer . . . übergibt *und* beide darüber einig sind ꝛc". § 854 Abs. 2 dagegen sagt: „Die Einigung . . . genügt zum Erwerbe, *wenn* der Erwerber *in der Lage ist* ꝛc".

1) vergl. Bruck, Die Einigung, S. 20: „Ich kann mich nicht, ohne die tatsächliche Gewalt selbst zu haben, über den Besitzübergang einigen, und sie später einmal dem Erwerber verschaffen."

Einigung in den §§ 873, 929 erhoben ist: daß nämlich die Einigung nur ein Bestandteil eines Rechtsaktes ohne selbständige Wirkungen sei. Bei der Besitzübertragung ist die Einigung ein in sich abgeschlossener Rechtsakt.

Im übrigen stimmt aber die Einigung des § 854 Abs. 2 mit der Einigung in den übrigen Paragraphen im Wesen völlig überein, so daß Fischer und Henle[1] Recht hat, wenn er diesen Ausdruck als einen „gesetzestechnischen" im Sachenrecht des BGB. bezeichnet. Auch hier finden wir wieder die dem Vertrage charakteristische Verschmelzung der beiden Parteiwillen zu einem Gesammtwillen. Denn der bisherige Besitzer hat die Absicht der Besitzübertragung nur, weil und sofern der andere den Besitz erwerben will, und dieser will nur den Besitz der Sache erwerben, weil und sofern jener den Besitzübertragungswillen hat[2]. Der Besitzübergang ist also der Zielpunkt ihrer beiderseitigen Willensrichtung, in welchem eine „Einigung" stattfinden muß.

Die Einigung des § 854 Abs. 2 ist ferner, wie jeder Vertrag, auf Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtet. Das leugnen zwar die Motive,[3] indem sie erklären, der consensus in idem placitum sei nur „Voraussetzung für die Annahme gerade eines konsensualen Besitzwechsels", er führe nicht den „Besitzwechsel als begehrte rechtliche Wirkung" herbei. Das

---

1) Handausgabe des BGB, S. 359 Nr. 8.

2) vergl. die ähnliche Ausführung Kohlers im Archiv für zivil. Praxis Bd. 69 S. 151 f. S. 173.

3) Bd. 3 S. 91. Der erste Entwurf steht allerdings nicht auf dem gleichen Standpunkte wie das BGB.

leugnet auch Planck,[1] weil die Einigung im § 854 Abs. 2 dieselbe rechtliche Bedeutung habe wie in allen anderen Fällen des konsensualen Besitzerwerbes, des Besitzerwerbes durch Übergabe: sie sei nicht als gesetzliche Voraussetzung des Besitzerwerbes als solchen von Bedeutung, sondern nur als Voraussetzung für die Feststellung, daß sich der Besitzerwerb durch Übergabe vollzogen habe. Doch dieser Ansicht können wir nicht beipflichten. Planck geht bei seiner Begründung von dem Standpunkte aus, daß der Abs. 2 des § 854 nur eine Erläuterung des Abs. 1 sei, also eigentlich bedeute: „Zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt (und folgeweise zum Besitzerwerbe) genügt die Einigung ꝛc." Diese Auffassung dürfte aber nicht die richtige sein.[2] Und selbst wenn sie es wäre, würde sich doch aus ihr kein Beweis gegen die bereits wiederholt hervorgehobene Tatsache herleiten lassen, daß die Einigung bei dem Besitzerwerb durch (körperliche) Übergabe eine andere Bedeutung hat, als bei dem Besitzerwerb des § 854 Abs. 2. Dort ist sie nur für die Beschaffenheit des Besitzes des Erwerbers von Bedeutung, hier aber für das Dasein selbst. Da die bloße Lage, die Gewalt über die Sache auszuüben, den Besitzerwerb nicht herbeiführen könnte, so ist sie wohl eine Voraussetzung des Besitzerwerbes als solchen[3].

1) Kommentar zum BGB. Bd. 3 S. 33.

2) Vgl. darüber Biermann, Sachenrecht, S. 8 f. mit Bem. 2: „Planck geht in der Annahme einer tatsächlichen Gewalt zu weit. Wenn er sie auch in den Fällen des § 854 Abs. 2 und des § 855 als vorliegend ansieht, so kommt dies doch unter Umständen auf eine reine Fiktion hinaus".

3) Biermann, l. c.

Männer[1] wiederum behauptet, die Einigung bezwecke „die Herstellung eines tatsächlichen Zustandes, an den sich rechtliche Folgen knüpfen", nicht aber „die Herbeiführung der rechtlichen Folgen", und nennt deshalb die Einigung nicht Rechtsgeschäft, sondern „Rechtshandlung". Auch das ist nicht richtig. Der Besitz d. h. der Komplex von Rechtsfolgen, die sich an einen tatsächlichen Zustand knüpfen,[2] soll auf den Erwerber übergehen, aber unter Verwendung des bereits beim Vormanne hergestellten Besitztatbestandes für den Erwerber, das ist der Inhalt des Parteiwillens, der Einigung. Der tatsächliche Zustand muß im Augenblicke der Einigung in der Person des Erwerbers verwirklicht sein Um das zu ermöglichen, hat das Gesetz ihn ja zu dem bloßen „In-der-Lage-sein, die Gewalt über die Sache auszuüben", abgeschwächt. Wenn der Zweck der Einigung der wäre, den tatsächlichen Zustand erst hervorzurufen, dann würde durch sie ein Besitzbegründungsvorgang wiederholt werden. Dem Wesen der Besitzübertragung als einer Sukzession in den Besitz würde das geradezu widersprechen.[3] —

Somit kann es nicht zweifelhaft sein, daß die Einigung des § 854 Abs. 2 ein dinglicher Vertrag ist. Soweit ich es übersehen kann, ist dieser Ansicht auch die gesamte juristische Literatur (mit Ausnahme der genannten beiden Schriftsteller Planck[4] und Männer). Ich

1) Recht der Grundstücke, S. 97.

2) Strohal, Succession S. 150, vgl. Endemann, Einf. Bd. 1 § 61. Bekker, Pand. II, § 95.

3) Vgl. oben S. 14.

4) Planck läßt übrigens die analoge Anwendung der Vorschriften über die Verträge zu (Kommentar, Bd. 3 S. 33).

nenne vor allem: Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre S. 666; Bekker, Der Besitz bewegl. Sachen S. 8; Biermann, Sachenrecht S. 8; Bruck, Die Einigung S. 20; Buhl, Recht der bewegl. Sachen § 5; Endemann, Einführung Bd. 1 S. 257; Bd. 2 S. 148 Anm. 24 u. S. 153 Anm. 4; Enneccerus-Lehmann, Das bürg. Recht Bd. 2 S. 73; Engeling, Ist die Einigung des BGB. ein Vertrag? a. E.; Kniep, Der Besitz des BGB. S. 93; Matthiaß, Lehrbuch des bürg. Rechts Bd. 2 § 3; Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb S. 58; Fischer und Henle, Handausgabe 2. u. folg. Aufl. ad § 854 (anders die 1. Aufl.); Neumann, Handausgabe Bd. 1 S. 414; Staudinger, Kommentar Bd. 3 S. 9; Stobbe, Handb. d. deutsch. Privatr. Bd. 2 S. 235; Strohal, Sachbesitz S. 81; Thoma, Die Bedeutung des Besitzwillens S. 43.

c. Der Besitzübertragungsvertrag.

Die Besitzübertragung des § 854 Abs. 2 umschließt, wie wir gesehen haben, zwei Elemente, ein faktisches und ein Willenselement. Das faktische kommt aber, so ergab die weitere Untersuchung, lediglich als Voraussetzung zur rechtlichen Wirksamkeit des anderen, der Einigung, in Betracht. Bei dem Besitzübertragungsakt tritt es nicht mehr in die Erscheinung. Demgemäß haftet dem Besitzübertragungsakte nichts Faktisches an, die Einigung allein ist es, welche seine rechtliche Natur bestimmt: sie drückt ihm ihren Charakter auf und stempelt ihn zu einem „dinglichen Vertrage". —

Drei Momente heben einen jeden Vertrag als charakteristisch von den übrigen ab: die Subjekte, die Form, der Inhalt. Es erübrigt, den Besitzübertragungsvertrag des § 854 Abs. 2 nach diesen drei Momenten zu betrachten, soweit das nicht schon in den bisherigen Erörterungen geschah.

Die Einigung muß nach § 854 Abs. 2 zwischen dem „bisherigen Besitzer" und dem „Erwerber" zustande gekommen sein. Wir wissen bereits, daß unter ersterem der „unmittelbare" Besitzer, unter letzterem nur der Nichtbesitzer oder Besitzdiener zu verstehen ist.

Im Anschluß hieran sei nun auf eine Frage eingegangen, die aufs engste mit der Frage der rechtlichen Natur der Einigung zusammenhängt. Es handelt sich um die Frage, ob derjenige, mit dem der bisherige unmittelbare Besitzer sich einigt, und der, welcher dadurch Besitzer wird, immer derselbe sein muß oder ob auch ein Anderer als der Vertragsgegner aus der Einigung unmittelbar Besitz erwerben kann, m. a. W. ob es eine Einigung zu Gunsten eines Dritten gibt. Die Ansichten in der Literatur sind geteilt. Planck[1] verneint die Frage schlechtweg, indem er sich auf den „Wortlaut und den Grund" der Vorschrift des § 854 Abs. 2 beruft, welche den eigenen Willen des Erwerbers zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt fordere. Leonhard[2] geht wie Planck vom „Willen" des Erwerbers aus, behauptet aber, daß „das Gesetz zum Besitzerwerb nicht notwendig einen Willen erfordere" und kommt so zum entgegengesetzten Resultat. Einen anderen Gesichtspunkt

1) Kommentar, Bd. 3 S. 34.
2) Vertretung beim Fahrniserwerb. S. 58.

hebt Strohal[1] hervor, der die Frage ebenfalls bejaht: er läßt die Entscheidung von der grundsätzlichen Stellung abhängen, die das BGB. zu den Verträgen zu Gunsten Dritter einnimmt. Nach seiner Ansicht sind nämlich die pacta in favorem tertii nicht auf das Gebiet des Obligationenrechtes beschränkt. Dem müssen wir allerdings beistimmen. Finden wir doch auch auf dem Gebiete des Familienrechts und Erbrechts derartige Verträge, z. B. Eheverträge (§ 1432 ff.) und Erbverträge zu Gunsten eines Dritten (§ 1941, § 2274 ff.). Nun will aber Strohal auch einen dinglichen Vertrag zu Gunsten eines Dritten konstruieren. Er beruft sich auf die Bestimmung des § 952. Da nach § 952 nämlich das Eigentum an dem über eine Forderung ausgestellten Schuldscheine dem Gläubiger zustehe, so erwürbe der Dritte mit der zu seinen Gunsten begründeten Forderung auch das Eigentum an dem Schuldscheine, den der Schuldner über diese Forderung ausgestellt habe". Nach dieser Bestimmung muß jedoch dem Gläubiger nicht das Eigentum selbst, sondern nur der Eigentumsanspruch zugesprochen werden.[2] Also paßt die Berufung auf § 952 nicht.

Überhaupt ist die Konstruktion des dinglichen Vertrages als Vertrag zu Gunsten eines Dritten unmöglich. Bei diesem erwirbt nämlich nach BGB. § 328 der Dritte unmittelbar das Recht, eine Leistung zu fordern. Diesem Anspruch des Dritten muß natürlich eine Verpflichtung des anderen Vertragsteiles gegenüberstehen. Davon kann aber bei einem dinglichen

1) Sachbesitz, S. 81.
1) Endemann, Einführung Bd. 2 S. 148 § 35 Anm. 24.

Vertrage keine Rede sein. Denn das unterscheidet ja gerade, wie oben ausgeführt, den dinglichen Vertrag vom obligatorischen, daß er nicht wie dieser die Verpflichtung zu einer Leistung begründet. Da nun die Besitzeinigung ein dinglicher Vertrag ist, so ergibt sich daraus von selbst, daß auch sie niemals die Gestalt eines Vertrages zu Gunsten eines Dritten annehmen kann.[1] —

Was das zweite Moment, die Form der Einigung anbetrifft, so versteht es sich von selbst, daß mangels einer besonderen Bestimmung im § 854 das allgemeine Prinzip des BGB. von der Formlosigkeit der Rechtsgeschäfte auch hier Anwendung findet. Das gilt selbst dann, wenn es sich um Grundstücke handelt, während für die entsprechende Einigung bei der Eigentumsübertragung die strenge Formvorschrift des § 925 Platz greift. Sehr häufig wird die Besitzeinigung überhaupt nicht besonders erklärt werden; dann ist sie einem zwischen den Beteiligten geschlossenen Rechtsgeschäft, welches die Besitzübertragung fordert, zu entnehmen.[2] Bei offenen Grundstücken, bei denen also der Erwerber schon in der Lage ist, die Gewalt auszuüben, wird eine ausreichende Erklärung der Einigung schon in der Auflassung erblickt werden müssen,[3] vorausgesetzt, daß nicht aus den Umständen des Einzelfalles hervorgeht, daß der Veräußerer den Besitz noch nicht übertragen oder sein Vertragsgegner ihn noch nicht erwerben will.

---

1) Thoma, Bedeutung des Besitzwillens, S. 44 f. Fischer und Henle, Handausgabe S 420; Biermann, Sachenrecht S. 8 vergl. Bruck, die Einigung S. 31; Cosack, Lehrbuch Bd. 2 S. 29.

2) vergl Buhl, das Recht der bewegl. Sachen S. 26.

3) Buhl, l. c.; Fischer und Henle, Handausgabe S. 420.

Auf der anderen Seite wird diese regelmäßige Verbindung zwischen der Besitzeinigung und der auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück gehenden Einigung zur Folge haben, daß, wenn die Einigung über die Eigentumsübertragung wegen Formmangels nichtig ist, der Parteiwille im Zweifel so ausgelegt werden muß, daß auch der Besitzübergang nicht aufrecht erhalten werden soll.[1]

Der Inhalt der Einigung des § 854 Abs. 2 endlich ist in den früheren Ausführungen bereits eingehend erörtert worden. Es bedarf daher kaum noch der Hervorhebung, daß die Einigung auf den Übergang des Besitzes gerichtet ist. An dieser Stelle soll jedoch der Inhalt der Einigung nach einer anderen Seite betrachtet werden, welche, obwohl bisher nicht erwähnt, dennoch neues Licht über den Charakter der Einigung zu verbreiten vermag. Fügen wir deshalb zu dem eben angeführten Inhalt noch ein Wörtchen hinzu und sagen wir: die Einigung ist gerichtet n u r[2] auf den Übergang des Besitzes.

Nur über den Erfolg müssen sich also die Parteien einigen. Negativ ausgedrückt würde das heißen: nicht über den Grund, die causa, die sie veranlaßte, den Erfolg herbeizuführen. Ob diese tatsächlich vorhanden oder giltig ist, kommt für die Einigung selbst nicht in Betracht. Sie steht in keiner Verbindung mehr mit ihrer causa, sie ist somit ein „abstrakter" Vertrag.

---

1) vergl. Biermann, Sachenrecht, S. 8.

2) Daß die Einigung so zu konstruieren ist, ergiebt sich unzweifelhaft aus dem Wortlaut des § 854 Absatz 2 im Vergleich zu dem des § 873.

Eine andere Frage ist es, ob die Besitzeinigung immer abstrakt sein muß. Aus ihrer Natur als dinglicher Vertrag geht das noch nicht hervor. Zwar nennen die Motive[1] den dinglichen Vertrag ein seinem Begriff nach abstraktes Geschäft und erklären an anderer Stelle[2] die sachenrechtlichen Geschäfte für „notwendig abstrakt." Dieser Satz der Motive ist aber, wie Dernburg[3] richtig bemerkt, irreführend. Die Unbedingtheit des abstrakten Vertrages d. h. das Nicht-Geknüpftsein an die Gültigkeit des Geschäfts, von dem er ausgeht, ist als notwendiges Erfordernis nur für die Auflassung in § 925 Abs. 2 vorgeschrieben. Diese Ausnahme-Bestimmung beweist gerade — argumentum e contrario —, daß in den übrigen Fällen die Einigung in Abhängigkeit von ihrer causa gebracht werden kann[4]. Unrichtig ist daher die Behauptung Endemanns[5] — unter Berufung auf die konformen (!) Bestimmungen der §§ 873, 929 und 1205 —, daß die Einigung eine „zwingende" und zugleich „exklusive" Norm sei. Sie ist allerdings stets erforderlich, sie braucht aber keineswegs stets zu genügen. Das ist vielmehr eine Frage der Parteiabsicht[6]. Dieser

1) Bd. 3 S. 8.

2) l. c. S. 7. vergl. hiermit Planck, Komm. Bd. 1 S. 147: „Die dinglichen Verträge sind immer abstrakte Rechtsgeschäfte." vergl. jedoch u. Anm. 5.

3) Lehrbuch, Bd. 3 S. 180

4) Bruck, die Einigung S. 24.

5) Einführung, Bd. 2 S. 67 Anm. 14. — Die ähnliche gleichfalls unrichtige Ansicht Plancks (s. Anm. 2) ist von diesem selbst berichtigt, indem er hinzufügt, daß es für die Wirksamkeit des dingl. Vertrages von Bedeutung sei, wenn der Rechtsgrund als Bedingung in den Vertrag aufgenommen werde.

6) Krückmann, Abstr. u. kaus. Tradition S. 10.

Standpunkt muß auch in Bezug auf die Einigung des § 854 Abs. 2 festgehalten werden.[1] — — —

Welche praktischen Konsequenzen aus dem Resultat der bisherigen rein theoretischen Untersuchung über die rechtliche Natur der Besitzübertragung des § 854 Abs. 2 zu ziehen sind, liegt auf der Hand. Ist die Besitzübertragung ein Vertrag, so müssen die Vorschriften des Allgemeinen Teils über die Rechtsgeschäfte ohne weiteres auf sie Anwendung finden. Es bedarf nicht erst des Umweges der Analogie, den Planck — von seinem Standpunkte aus allerdings nicht mit Unrecht — einschlägt. Wenn ich richtig sehe, findet diese Ansicht bezüglich der Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit, Willensmängel, Bedingungen, Zeitbestimmungen und Vertretung auch seitens der Literatur Zustimmung[2], während bezüglich der bindenden Kraft der Einigungsofferte (§ 145) die Meinungen noch auseinandergehen[3]. Immerhin ist bei der Anwendung dieser Regeln einige Vorsicht geboten[4]. Die Eigenart des dinglichen Vertrages im allgemeinen wie auch gewisse Eigentümlichkeiten, die die Besitzeinigung gegenüber anderen dinglichen Verträgen aufweist, bringen es mit sich, daß einzelne von den genannten Vorschriften des Allgemeinen

1) vergl. Kosack, Lehrbuch Bd. 2 S 74; Staudinger, Kommentar Bd. 3 S. 9; Biermann, Sachenrecht S 5; Fischer u. Henle, Handausgabe S. 420 ad § 854.

2) Biermann, Sachenrecht S 9; Staudinger, Komm. Bd. 3 S. 9 ob.; Fischer und Henle, Handausgabe S. 420; Thoma, Bedeut. des Besitzwillens, S. 43.

3) Dafür: Staudinger, l. c. S. 9; Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 1 S. 737. Dagegen: Biermann, l. c.

4) Biermann, l. c.

Teils ihre Wirkung nicht äußern. Dahin gehört vor allem die Bestimmung des § 123 Abs. 2 S. 2: „Soweit ein anderer als derjenige, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben war, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, ist die Erklärung ihm gegenüber anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen mußte". Sollte diese Bestimmung für die Einigung gelten, dann müßte diese als Vertrag zu Gunsten eines Dritten konstruiert werden können, was nach den früheren Ausführungen unmöglich ist. Es gehört nicht in den Rahmen der vorliegenden Arbeit, auf diese Besonderheit, der sich noch mehrere anreihen ließen, näher einzugehen. Die Litteratur scheint sich damit noch garnicht beschäftigt zu haben, obwohl derartige Fragen gewiß nicht ohne praktische Bedeutung sind. Besonders für Monographien böte sich hier ein geeignetes Feld.

2. Die Besitzübertragung durch Abtretung des Herausgabeanspruches nach § 870.

Weit weniger Schwierigkeiten bereitet die Konstruktion der zweiten Besitzübertragungsart. Nach BGB. § 870 genügt für die Übertragung des mittelbaren Besitzes die Abtretung des Anspruches auf Herausgabe der Sache. Stellen wir zunächst den Charakter dieses Herausgabeanspruches fest.

Jeder mittelbare Besitz setzt seinem Wesen nach ein dem § 868 entsprechendes Rechtsverhältnis voraus, vermöge dessen der Besitzmittler dem mittelbaren Besitzer

gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist. Vermöge dieses Verhältnisses steht dem mittelbaren Besitzer stets ein obligatorischer Rückforderungsanspruch zu. Daneben kann aber für denselben gleichzeitig ein dinglicher Anspruch auf Grund des § 985 entstanden sein: auch als Eigentümer kann er von dem (unmittelbaren) Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen. In diesem Falle fragt es sich, ob beide Ansprüche abgetreten werden müssen, um den Effekt des § 870 zu erzielen, oder ob die Abtretung des ersteren genügt. Die Antwort kann nicht zweifelhaft sein, wenn wir an eine Bestimmung des Pfandrechts denken.[1] Im Abs. 2 des § 1205 heißt es: „Die — zur Bestellung des Pfandrechtes erforderliche — Übergabe einer im mittelbaren Besitze des Eigentümers befindlichen Sache kann dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer *den mittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger überträgt* und die Verpfändung dem Besitzer anzeigt". Es ist ausgeschlossen, daß hier der Eigentümer dem Pfandgläubiger zum Zwecke der Besitzübertragung nach § 870 auch den ihm gegen den unmittelbaren Besitzer zustehenden dinglichen Anspruch abtritt. Dann hätte er ja sein Eigentumsrecht verloren.

Somit *genügt* die Abtretung des *obligatorischen* Herausgabeanspruches,[2] aber andererseits ist sie auch stets erforderlich, da zwischen dem Erwerber des mittelbaren Besitzes und dem Besitzmittler ebenfalls

1) Strohal, Sachbesitz S. 94.

2) vergl. Neumann, Handausgabe des B. G.-B. Bd, 1 S. 420 ad § 870. Matthiaß, Lehrbuch Bd. 2 § 3, S. 10. Cosack, Lehrbuch Bd. 2 S. 148.

ein Rechtsverhältnis der in § 868 genannten Art vorhanden sein muß.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß dieser obligatorische Anspruch wie jedes andere Forderungsrecht nach § 398 abgetreten wird: durch Vertrag zwischen dem bisherigen Besitzer und dem Erwerber. Da entsprechend der Bestimmung des § 398 S. 2 mit dem Abschluß dieses Vertrages der neue Besitzer an die Stelle des bisherigen tritt, so kommen wir zu dem Resultat, daß der Besitzübertragungsakt des § 870 sich seiner rechtlichen Natur nach als reiner Zessionsvertrag darstellt.

Wie die Tradition, die Auflassung (die Einigung des § 854 Abs. 2) ist auch dieser Vertrag ein dinglicher, denn die Abtretung als Übertragung von Rechten läuft parallel der Übereignung durch Übergabe von Sachen.[1] Als solchem liegt ihm regelmäßig ein obligatorischer Vertrag (Kauf, Schenkung ꝛc.) zu grunde,[2] welcher zeitlich und äußerlich oft mit ihm zusammenfällt. Das tut aber der begrifflichen Selbständigkeit des Besitzübertragungsvertrages keinen Abbruch; wie jeder dingliche Vertrag ist er grundsätzlich unabhängig von seinem Rechtsgrunde, also abstrakt.[3] Daß er nicht notwendig abstrakt zu sein braucht, folgt, wie bereits bei der Besitzeinigung des § 854 Abs. 2, die ihm in diesem Punkte völlig gleicht, entwickelt ist, aus dem Mangel einer gesetzlichen Bestimmung über die Unzulässigkeit einer Bedingung bei derartigen Verträgen.[4]

1) Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2 S. 302.

2) Endemann, Einführung, Bd. 1 § 151.

3) E. I sprach dies im § 294 Abs. 2 ausdrücklich aus. Die Bestimmung wurde nur deshalb gestrichen, weil sie entbehrlich war.

4) Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2 § 134.

Da der § 870 keine Formvorschrift enthält, so bedarf der Besitzübertragungsvertrag entsprechend dem allgemeinen Grundsatze des BGB., auf den bereits früher hingewiesen wurde, keinerlei Form. Es bedarf[1] auch nicht der Zustimmung des unmittelbaren Besitzers zur Wirksamkeit der Übertragung, ja nicht einmal die Mitteilung davon seitens des bisherigen Besitzers oder des Erwerbers ist erforderlich. Gleichwohl ist die Kenntnis des Besitzmittlers von der Übertragung unter Umständen von großer Bedeutung für den Besitzerwerb. Das zeigt folgende Betrachtung.

Für die Existenz des mittelbaren Besitzes wird nicht verlangt, daß das Verhältnis, auf dem er beruht (§ 868), auch rechtsgültig ist: es genügt auch ein sog. „putatives" Rechtsverhältnis[2] Das bedarf kaum eines Beweises; denn § 868 sagt ausdrücklich „a l s" Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter ꝛc., und „als" Pächter u. s. w. besitzt man auch, wenn etwa der Pachtvertrag mangels Geschäftsfähigkeit des Verpächters nicht gültig zustande gekommen ist.[3] Hat nun der Besitzmittler Kenntnis davon erhalten, daß der mittelbare Besitzer

1) Vgl. z. folg. Thoma, Bedeutung des Besitzwillens S. 81; Strohal, Sachbesitz S. 94.

2) Cosack, Lehrbuch Bd. 2 S. 64; Gierke, Fahrnisbesitz Anm. 15; Gutachten S. 34; Biermann, Sachenrecht S. 19 zu § 868, vgl. die Ansicht der 2. Kommission: „es werde nicht ein objektiv obligatorisches Rechtsverhältnis erfordert, sondern es genüge, wenn der Nießbraucher anerkenne, für den Besteller zu besitzen (Protokolle 308 I Bd. 4 S. 608)."

3) Thoma, Bedeutung des Besitzwillens S. 72. Nach ihm ist die tatsächliche Position des mittelbaren Besitzers in solchen Fällen sogar noch eine festere. Denn „sein Herausgabeanspruch wird fällig, sobald sich die Nichtigkeit des Titels ergibt und nicht erst nach Ablauf der vertragsmäßigen Zeit."

seinen Besitz durch Abtretung des Herausgabeanspruches einem anderen übertragen hat, so kann er dadurch, daß er den Erwerber als nunmehrigen Herrn der Sache anerkennt — putatives Rechtsverhältnis! — diesem tatsächlich die Stellung des mittelbaren Besitzers verschaffen, *auch wenn der Abtretungsvertrag ungültig ist.*[1]

So merkwürdig diese Erscheinung ist, so wenig sie mit dem gewonnenen Resultat, das gerade den Zessionsvertrag als Bindeglied zwischen dem früheren und dem jetzigen Besitz ansieht, übereinzustimmen *scheint*, läßt sie sich doch leicht erklären. Der Zessionsvertrag in unserem Falle ist aus irgend einem Grunde ungültig, also der bisherige Besitzer geblieben, was er war, nämlich mittelbarer Besitzer. Zweifellos wird nun jeder mittelbare Besitz dadurch beendet, daß der bisherige Besitzmittler den Eigenbesitz des mittelbaren Besitzers nicht mehr anerkennt, sich selbst den Eigenbesitz anmaßt. Das ist hier geschehen, indem der Besitzmittler einen anderen als nunmehrigen Herrn der Sache anerkannte. Der neue Besitz des Erwerbers beruht demnach garnicht auf dem bisherigen mittelbaren Besitze, der ja im Augenblicke des Erwerbes bereits erloschen ist. Der ganze Vorgang ist überhaupt keine *Übertragung* des mittelbaren Besitzes (nach § 870), sondern eine *Neubegründung* desselben.

---

1) Vgl. Thoma, l. c. S. 80.

3. Die Besitzübertragung durch Besitzkonstitut.

Es sei gestattet, die drei Fälle der Besitzübertragung durch Besitzkonstitut an drei Beispielen noch einmal vor Augen zu führen.

1. A kauft dem B dessen Gut ab, läßt ihn aber als Inspektor darauf sitzen (A wird unmittelbarer Besitzer, B Besitzdiener).

2. B verkauft dem A sein Gut, behält sich aber vor, Pächter desselben zu sein (A wird mittelbarer Besitzer, B sein Besitzmittler).

3. Der Eigentümer B, der sein Gut an C verpachtet hat, verkauft es an A, behält sich aber den Nießbrauch vor (A wird mittelbarer Eigenbesitzer, durch B, B mittelbarer Fremdbesitzer durch C, C bleibt unmittelbarer Besitzer).

In allen drei Beispielen sehen wir zwei Geschäfte selbständig hervortreten:

1. ein Veräußerungsgeschäft (den Verkauf des Gutes);

2 ein Geschäft, vermöge dessen der bisherige (unmittelbare oder mittelbare) Besitzer zum Besitzdiener — Dienstvertrag — oder zum unmittelbaren Fremdbesitzer — Pachtvertrag — oder endlich zum mittelbaren Fremdbesitzer herabsinkt (letzteres ein Nießbrauchseinräumungsvertrag).

Das erstere Geschäft hat mit dem Besitzübertragungsvorgange als solchem nichts zu tun. Es fordert lediglich die Besitzübertragung als Erfüllung, steht also zu ihr, um mit den Motiven[1] zu reden, im Verhältnis

1) Bd. 3 S. 8, 9.

von „rechtlichem Motiv“ und „Leistung“. Daher kann es, ohne das Wesen der Besitzübertragung irgendwie zu beeinflussen, ebensogut auch fehlen. Derartige Fälle werden in der Praxis allerdings selten vorkommen, wie überhaupt ein reiner Besitzübertragungsvorgang eine nicht allzu häufige Erscheinungsform des täglichen Lebens ist. Daß sie aber keineswegs unmöglich sind, zeigt folgendes von Strohal[1] gebildete Beispiel: „Nachdem der gutgläubige Besitzer irrtümlich zugestellter Waren den wahren Sachverhalt erfahren hat, schreibt er dem abwesenden richtigen Adressaten, daß er ihm dieselben hiermit zur Verfügung stelle, worauf letzterer zurückschreibt, er sei genötigt, mit seinem Danke das Ersuchen zu verbinden, der Inhaber möge die Waren noch durch vier Wochen gegen Zahlung von Lagergeld aufbewahren“.

Eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung des gutgläubigen Besitzers, seinen Besitz dem richtigen Adressaten zu übertragen, besteht hier offenbar nicht, trotzdem liegt unzweifelhaft eine Besitzübertragung vor.

Anders verhält es sich mit dem zweiten der oben genannten Geschäfte. Dieses gehört zum Besitzübertragungsakt selbst. Stellt es doch das Rechtsverhältnis zwischen Erwerber und Veräußerer her, welches „rechtlich feststellt, daß und warum der Veräußerer dem jetzigen Besitzer gegenüber zur Inhabung weiter berechtigt ist[1]“, und welches eigentlich erst das Wesen des Besitzkonstituts ausmacht. Ohne dieses Geschäft würde zwischen den Parteien überhaupt nichts vorgefallen sein, was recht-

1) Zum Besitzrecht des Entwurfs eines BGB. in Iherings Jahrb. für Dogm. Bd. 31 S. 35.

2) Endemann, Einführung Bd. 2 § 35.

lich von Bedeutung wäre. Denken wir uns in obigem Beispiele von den irrtümlich zugestellten Waren den Verwahrungsvertrag fort. Was bleibt dann übrig? Der gutgläubige Besitzer stellt die Waren dem richtigen Adressaten schriftlich zur Verfügung, dieser bedankt sich dafür. Dieser Vorgang kann zwar den Anlaß geben zu weiteren rechtlich sehr bedeutsamen Vorgängen, ist aber selbst kein rechtserheblicher Akt, geschweige denn eine Besitzübertragung durch Besitzkonstitut.

Daraus ergibt sich, daß der Besitzübertragungsakt sich hier ebenfalls aus zwei Elementen zusammensetzt: Das eine wird gebildet durch die Erklärungen der Parteien über den Besitzübergang, das andere durch das eben genannte Geschäft (in Strohals Beispiel ein Verwahrungsvertrag). Wie verhalten sich diese beiden Elemente zu einander?

Betrachten wir aber zunächst einmal das erstere gesondert. Es scheidet sich wieder in zwei Bestandteile: Das Besitzanerbieten des Veräußerers und die Besitzannahme des Erwerbers. Da auch hier die beiden Parteiwillen aus der entgegengesetzten Richtung herkommend zu einem Gesammtwillen zusammenschmelzen, sich „vereinigen", kann uns nach unseren Ausführungen nicht mehr zweifelhaft sein, was die beiden Parteierklärungen als Ganzes betrachtet rechtlich vorstellen. Sie bilden eine Willenseinigung über den Besitzübergang, genau in der Art, wie die Einigung des § 854 Abs. 2.

Eine derartige bloße Einigung kann nun aber dem Erwerber niemals die Stellung eines Besitzers verschaffen, wenn nicht schon in seiner Person eine genügende tat-

sächliche Grundlage vorhanden ist, ohne welche nach der Systematik des BGB. ein Besitz nicht denkbar ist. Bei der Einigung des § 854 Abs. 2 wird deshalb, wie wir gesehen haben, noch das „In-der-Lage-sein ꝛc." verlangt. Erst durch dessen Vorhandensein erhält jene Einigung ihren rechtsgeschäftlichen Charakter. Hier bei der Besitzeinigung des Constitutum possessorium wird diese faktische Grundlage in wirksamer Weise ersetzt durch das mehrfach bezeichnete zweite Geschäft (Verwahrungsvertrag ꝛc.).

Daraus ist klar zu erkennen, in welchem Verhältnis dieses zweite Element zu der Besitzeinigung steht. Es bildet als „causa detentionis"[1] die Grundlage der Einräumung des Besitzes, m. a. W. es ist die Voraussetzung der Einigung; ohne sie würde letztere selbst den Besitz nicht verschaffen können. Aus diesem Grunde ist es ausgeschlossen, daß dieses Rechtsgeschäft erst nach dem Zustandekommen der Einigung begründet wird. Wenn z. B. A sein leerstehendes und freiliegendes Haus dem B verkauft und nach drei Monaten etwa — ohne daß sich inzwischen an den Besitzverhältnissen des B irgend etwas geändert hat — dasselbe als dessen Mieter bezieht, so sind damit zwei von einander ganz unabhängige Besitzübertragungsgeschäfte (von der Art des § 854 Abs. 2) vor sich gegangen; ein Constitutum possessorium ist aber darin nicht zu erblicken.

Dieses zweite Element tritt als Geschäft im Besitzübertragungsakte selbständig hervor. Insofern unterscheidet sich die Einigung beim Constitutum

1) Endemann, l. c.

possessorium äußerlich von der Einigung beim Besitzerwerb durch konsensuale Übergabe, neben welcher das faktische Element nicht in die Erscheinung trat. Da aber, wie festgestellt, jenes Geschäft kein neues zur Besitzübertragung hinzutretendes und dieses vollendendes Moment (wie etwa bei der Eigentumsübertragung die Übergabe), vielmehr die Voraussetzung zur rechtlichen Wirksamkeit der Einigung selbst ist, so stehen *rechtlich* beide Besitzübertragungsakte gleich. Auch das Constitutum possessorium ist also seiner rechtlichen Natur nach ein dinglicher Vertrag mit allen Voraussetzungen und Besonderheiten desselben, wie wir sie bereits bei der Besitzeinigung des § 854 Abs. 2 kennen gelernt haben. Es erübrigt sich aus diesem Grunde, dieselben auch bei dieser Besitzübertragung im einzelnen festzustellen.